

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**¿SERÁ POSIBLE UNA IMPLEMENTACIÓN EFICIENTE DEL CONTROL
DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN EL PERÚ?**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

AUTOR

Luis Fernando Castellanos Sánchez

ASESOR

Ernesto López Mareovich

Febrero, 2020

Dedicatoria



Un 17 de junio de 2019, en pleno proceso de elaboración de la tesis, llegó a nuestras vidas José Ignacio, a él por ser la motivación para culminar este esfuerzo le entrego el corazón envuelto de mi amor infinito. A Carla, por ser mi apoyo constante y principal sacrificada por los momentos robados. A mis padres por su imperecedera ayuda, inefable amor y ser mi ejemplo de vida; a Pía, por la paciencia y complicidad que trasciende fronteras. A mi abuelita Laura por su cariño inconmensurable y a mi chochera Papi Paco, un abrazo al cielo. Te extraño todos los días.

Agradecimientos

Agradezco a César Higa, Eduardo Quintana, Ernesto López, Mariela Pacheco, José Manuel Paz y Miño y especialmente a Paul Phumpiu por sus valiosos comentarios que enriquecieron las versiones preliminares del presente texto. También a los que me acompañaron de una u otra manera incentivándome a concluir este esfuerzo. A todos ellos, mi reconocimiento y profunda gratitud. Dejamos la salvedad que las opiniones aquí vertidas son de exclusiva responsabilidad del autor.

Resumen

La promoción de la competencia es uno de los elementos de política pública esenciales para alcanzar el bienestar social. Así pues, el Derecho de la Competencia se constituye en una pieza clave en todo ordenamiento legal.

En el Perú, el nacimiento del Derecho de la Competencia no se origina como muchos piensan con la Constitución de 1993 y su capítulo sobre el Régimen Económico y el reconocimiento de una economía social de mercado. El primer antecedente es el artículo 1 del Decreto Supremo N° 296-90-EF, publicado el 5 de noviembre de 1990, en el que se establece que “el Estado propicia la libre competencia en la producción de bienes y servicios y la garantiza mediante la prevención y sanción de los actos que la limitan [...]”¹.

Posteriormente, se crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi y se promulga un 7 de noviembre de 1991 la primera ley de competencia en el Perú: el Decreto Legislativo N° 701, contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

Esta norma, así como, la que se encuentra vigente actualmente (el Decreto Legislativo N° 1034) regulan las acciones del Indecopi frente a prácticas que restrinjan la competencia. Debido a ello, se persiguen a los cárteles (colusiones horizontales y verticales) y se sancionan las modalidades de abuso de posición de dominio. Es decir, se realiza un control de conductas anticompetitivas (control *ex post*).

No obstante, y hasta hace muy poco tiempo, salvo en el sector eléctrico y a diferencia de la gran mayoría de países con normativas de competencia, no existía un marco normativo que regule el control previo de operaciones de concentración económica. Por eso, las fusiones en el Perú no tienen un desarrollo práctico ni conceptual a la fecha.

¹ Indirectamente, el Decreto Supremo N° 234-90-EF, publicado el 15 de agosto de 1990, ya anticipaba el surgimiento del Derecho de la Libre Competencia. Así pues, si bien con el Decreto Supremo N° 226-90-EF se establecieron mecanismos para la fijación de precios, tarifas y alquileres de los bienes y servicios, de la misma manera, se señalaron precios oficiales referenciales de algunos productos alimenticios con el Decreto Supremo N° 234-90-EF. Este último se dispuso a dejar sin efecto dichas disposiciones y, por el contrario, reconocer que los precios de los productos alimenticios se fijarían según la ley de la oferta y la demanda.

En el presente trabajo comenzaremos analizando el control de concentraciones empresariales desde sus orígenes para poder entender su naturaleza y cuál es el objetivo que persigue su regulación.

Posteriormente, situaremos al control de operaciones de concentración empresarial como una política regulatoria. Para ello, deberemos entender el marco teórico de la regulación económica, es decir, cuándo resulta eficiente que el Estado intervenga en el mercado y cuándo es mejor que los agentes económicos actúen libremente en él.

A partir de los conceptos mencionados, realizaremos una revisión de los principales argumentos a favor y en contra respecto a establecer un control de las operaciones de concentración económica en el Perú. Así pues, el lector podrá sacar sus propias conclusiones en relación con las eficiencias y “deficiencias” de esta regulación.

Asimismo, creemos que el control de estructuras es un elemento que debe tomarse en cuenta de manera prioritaria en cualquier decisión de crecimiento empresarial, en los nuevos emprendimientos de inversiones o simplemente, en una diversificación industrial. Por lo tanto, esta política se encuentra estrechamente vinculada con el bienestar social y económico de cualquier país. Ahí radica la importancia del estudio respecto al impacto de su implementación y efectos en el mercado.

Finalmente, una vez superado el debate respecto a si debemos o no controlar las operaciones de concentración empresarial, elaboraremos una serie de recomendaciones y propondremos medidas jurídico-regulatorias que apunten a una implementación eficiente de un control previo de actividades de concentración económica que se ajuste a la realidad peruana.

Palabras clave: concentraciones empresariales; fusiones; libre competencia; regulación; monopolio; eficiencia.

Abstract

Promoting competition is one of the essential elements of public policy in achieving social welfare. Thus, Competition Law is a key part of any legal system.

In Peru, Competition Law was not born, as many think, with the 1993 Constitution and its chapter on the Economic Regime and the recognition of a social market economy. The first precedent is Article 1 of Supreme Decree No. 296-90-EF, published on November 5, 2011, which establishes that “The State promotes free competition in the production of goods and services and guarantees this through the prevention and punishment of acts that restrict it...”².

Subsequently, the National Institute for the Defense of Free Competition and the Protection of Intellectual Property (Indecopi) is created and the first competition law in Peru is enacted on November 7, 1991: Legislative Decree No. 701, Legislative Decree against Monopolistic, Controlist, and Restrictive Practices Affecting Free Competition.

This law, and the one still in force (Legislative Decree No. 1034), regulates Indecopi's actions against practices restricting competition. On the one hand, cartels (horizontal and vertical collusions) are prosecuted and the forms of abusive dominance are sanctioned. In other words, anti-competitive behaviors are monitored and controlled (ex-post control).

However, and until very recently, except in the Electricity Sector, and unlike the vast majority of countries with competition regulations, there is no regulatory framework governing the prior control of economic concentration operations. Therefore, mergers in Peru do not have a practical or conceptual development to date.

In this paper, we will begin by analyzing the control of mergers from the very beginning in order to understand their nature and what the objective of their regulation is.

² Indirectly, Supreme Decree No. 234-90-EF, published on August 15, 1990, already anticipated the emergence of the Free Competition Law.

Thus, although Supreme Decree No. 226-90-EF established mechanisms for setting prices, rates, and rents of goods and services. Also, official referential prices of some food products were set; with Supreme Decree No. 234-90-EF it was decided to annul such provisions and instead recognize that the prices of food products would be set according to the supply and demand law.

Subsequently, we will establish the control of mergers operation as a regulatory policy. To this end, we must understand the theoretical framework of economic regulation. In other words, when it is appropriate for the State to intervene in the market and when it is best for economic agents to act freely on it.

With these concepts clear, we will review the main arguments for and against establishing control over economic concentration operations in Peru. Thus, the reader will be able to draw his or her own conclusions regarding the efficiencies and “deficiencies” of this regulation.

We believe that the control of structures is considered essential for any business growth decision, new investment ventures or, simply, industrial diversification. This policy is therefore closely linked to the social and economic welfare of any country. Therein lies the relevance of this study regarding the impact of its implementation and effects on the market.

Once the debate on whether or not to control mergers operations is over, we will draw up a series of recommendations and propose legal and regulatory measures aimed at an efficient implementation of prior control of economic concentration activities in line with Peruvian reality.

Key words: mergers, competition, regulation, antitrust policy, efficiency defense, monopoly.

ÍNDICE

Resumen.....	iv
Abstract	vi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	4
EL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL COMO COMPONENTE DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	4
1.1 El ingreso del Perú a una economía de mercado y la aparición del control de estructuras en la legislación	4
1.2 El origen. El control de operaciones concentración empresarial en sus inicios	10
1.3 Las operaciones de concentración empresarial: una revisión de sus alcances.....	13
1.4 No todas las operaciones son iguales. Clasificación de los tipos de concentración empresarial.....	17
1.5 La regulación del control de concentraciones empresariales a nivel internacional. La experiencia comparada.....	27
CAPÍTULO II.....	39
¿CUÁNDO ES NECESARIA LA REGULACIÓN ECONÓMICA? ¿SON LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL UNA JUSTIFICACIÓN PARA REGULAR EL MERCADO?	39
2.1 Regulación <i>ex ante</i> frente a la economía de mercado. El control de operaciones de concentración empresarial como una política de regulación del Derecho de la Competencia.....	39
2.2 ¿Cuándo hace falta la regulación? Las justificaciones de una intervención	44
2.3 El control de operaciones de concentración empresarial como una política pública de aplicación <i>ex ante</i>	51
2.4 Organismos reguladores y agencias de competencia.....	55
CAPÍTULO III.....	62
CRÓNICA DE UNA LEY ANUNCIADA: DEBATE RESPECTO A LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA REGULACIÓN QUE CONTROLE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN EL PERÚ.....	62

3.1 La institucionalidad como elemento fundamental en la implementación de cualquier regulación.....	63
3.1.1 Existencia de un riesgo político	66
3.1.2 ¿Una oportunidad para la corrupción?.....	68
3.1.3 La importancia del conocimiento y la experiencia	71
3.1.4 La independencia y autonomía son fundamentales	72
3.1.5 Indecopi no es el final del camino.....	74
3.2 ¿Los costos de implementación de la regulación justifican el impacto en el mercado y el bienestar social?.....	76
3.2.1 Costos de implementación de la regulación.....	78
3.2.2 ¿Regulando supuestos ya atendidos?.....	84
3.2.3 Mercado poco profundo	85
3.2.4 Los compromisos internacionales: Tratados de Libre Comercio (TLC).....	87
3.2.5 Mercados fragmentados vs. colusión	88
3.2.6 La informalidad del mercado de trabajo.....	90
3.2.7 Diversificación productiva.....	91
3.3 La información como elemento esencial de la regulación del control de operaciones de concentración empresarial.....	92
3.3.1 El acceso a la información para determinar el impacto de la regulación.....	92
3.3.2 <i>With a little help of my Friends</i> , la colaboración interinstitucional	95
3.3.3 Incentivos correctos. La información que poseen los administrados	96
3.4 ¿La organización del Estado es compatible con una regulación sobre las operaciones de concentración empresarial?	96
3.5 Efectos pro competitivos del control sobre las operaciones de concentración empresarial.....	98
3.5.1 Carencia de una cultura regulatoria uniforme y eficiente	98
3.5.2 Prevenir antes que lamentar. La advertencia de los efectos dañinos para el mercado.....	100
3.5.3 Afectación a mercados vinculados	102

3.6 Cuando discriminar es bueno. No metamos a todos en el mismo costal	102
CAPÍTULO IV	105
LA REGULACIÓN DEL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN EL PERÚ, ¿VAMOS POR EL CAMINO CORRECTO?.....	105
4.1 Desde el punto de vista regulatorio	106
4.1.1 Autoridad competente.....	106
4.1.2 El Poder Judicial como última instancia.....	108
4.1.3 Un mecanismo de colaboración interinstitucional: el <i>amicus curiae</i>	110
4.1.4 Derecho de tramitación del procedimiento administrativo	112
4.1.5 Un esquema que garantice la autonomía de los órganos resolutivos	114
4.1.6 Tiempo de implementación de la regulación	120
4.2 Desde el punto de vista normativo.....	122
4.2.1 El mecanismo de aprobación de la regulación.....	122
4.2.2 El objetivo.....	124
4.2.3 Operaciones comprendidas en la regulación.....	126
4.2.4 Factores a tener en cuenta para evaluar los efectos de las operaciones	132
4.2.5 No se debe medir a todos con la misma vara: no todas las operaciones de concentración empresarial son iguales.....	133
4.2.6 La necesidad de un mecanismo que garantice la oportuna atención de la solicitud de autorización	134
4.2.7 Actividad probatoria: la carga de la prueba tradicional versus la carga de la prueba dinámica	137
4.2.8 No debe ser un secreto a voces: el procedimiento de solicitud de confidencialidades de la información.....	140
4.2.9 Hay que guardar las formas: el uso de la técnica legislativa para la elaboración de la norma	143
CONCLUSIONES.....	144
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	149

INTRODUCCIÓN³

El Derecho de la Competencia o *antitrust* guarda una estrecha relación con el desarrollo de la economía. Debido a ello, no es casualidad que en los países en los que primero se instituyó se hayan desarrollado las mayores industrias económicas: EE. UU., Reino Unido, Alemania, Canadá, entre otros.

Los estados pueden aplicar diferentes modelos políticos de gobierno para lograr el bienestar social, el cual entendido como la prosperidad de los ciudadanos que lo conforman, se consigue con la implementación de un conjunto de medidas políticas, económicas y sociales. A su vez, la promoción de la competencia viene a ser un componente muy importante de ellas.

De igual manera, tanto la globalización como el crecimiento de los mercados internacionales, el avance de la tecnología de la información, la interrelación de los fenómenos económicos, la apertura de los mercados internacionales, entre otros, se vinculan estrechamente con el bienestar social. Así pues, la promoción de la competencia se convierte en uno de los principales motores de dinamización de la economía de los países.

En ese sentido, la promoción de la competencia como política de Estado permitirá la consolidación de la diversificación productiva, una optimización de procesos, mayores innovaciones tecnológicas, así como, el fortalecimiento de las instituciones que salvaguardan las inversiones. Todo lo anterior influye positivamente en el bienestar social.

³ El presente trabajo es el resultado de un proceso de investigación y recopilación de información que se inició muchos años atrás. No obstante, es a principios del año 2019 en el que se comenzaron a plasmar materialmente las ideas y argumentos que dieron fruto a esta tesis, la misma que fue remitida oficialmente el 4 de agosto de 2019. Sin embargo, el presente año ha sido particularmente especial en cuanto a la discusión que se ha originado a partir de este tema. Debates académicos, foros y una inusual vorágine de proyectos normativos propuestos desde muchos sectores. En tal sentido, si bien la coyuntura política puede haber enriquecido de argumentos este trabajo, también es claro que ha producido múltiples cambios, actualizaciones y modificaciones.

Hace muy poco tiempo (19 de noviembre de 2019) se publicó el Decreto de Urgencia N° 013-2019, el mismo que regula el control previo de las operaciones de concentración empresarial. Así pues, consideramos pertinente tomarlo en cuenta, pero no enfocarnos totalmente en su contenido pues la presente tesis desarrolla las instituciones del control de fusiones mas no es el análisis exegético de una norma.

Para esto se requiere que el Derecho de la Competencia sea entendido como un mecanismo promotor. Esto es, una herramienta que permita intensificar el dinamismo del mercado para fortalecer a las empresas nacionales a fin de que sean capaces de competir (tanto a nivel nacional como internacional). Asimismo, resulta conveniente que sea comprendido como un instrumento de *enforcement ex post* frente a todo aquel agente económico que pretenda falsear la ley de la oferta y la demanda con prácticas que alteren el cauce normal del proceso competitivo. De esta manera, el Derecho de la Competencia se encargará de sancionar a todas aquellas conductas anticompetitivas que produzcan o puedan producir daños al mercado.

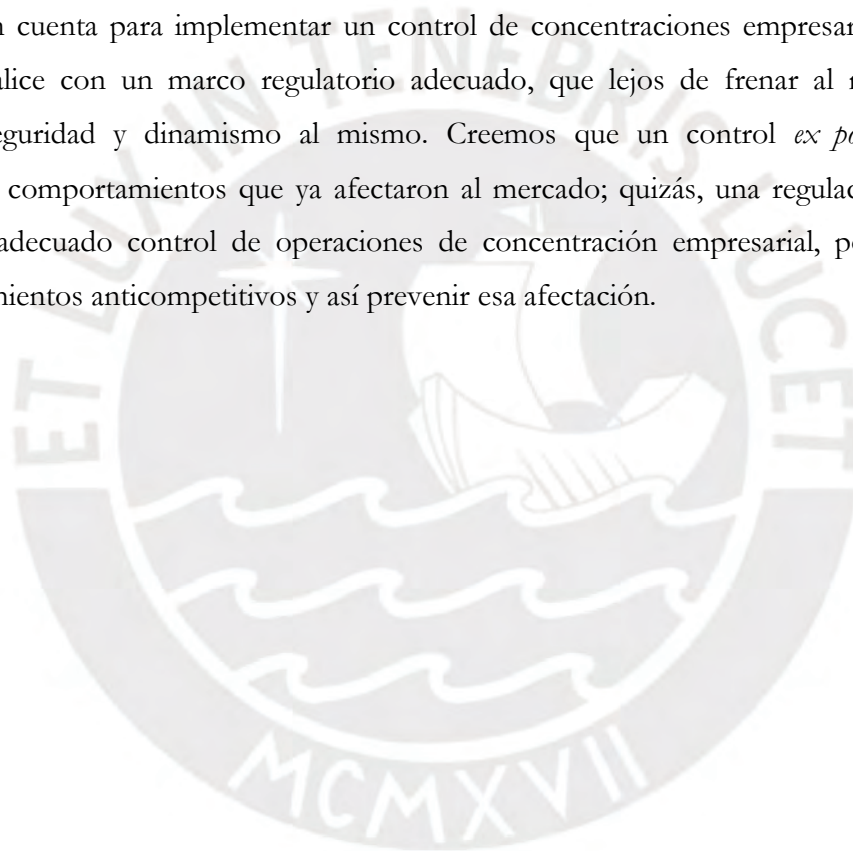
No obstante, en muchos países, el derecho mencionado también comprende una actuación *ex ante*. Es decir, una regulación que le permite a la autoridad pronunciarse sobre ciertos comportamientos de los agentes económicos que pretenden realizar a futuro y que tendrían posibles efectos en el mercado. A este marco regulatorio se le conoce como control de operaciones de concentración empresarial, control de fusiones, control de estructuras o *mergers*, en otras latitudes.

En el Perú, el control de operaciones de concentración empresarial solo se encontraba regulado en el sector eléctrico, pues todos los demás sectores económicos carecían de un marco legal regulatorio respecto a sus operaciones de concentración. Al respecto, dado que hace más de 20 años se viene discutiendo si es que el Perú necesita un control para las operaciones de concentración empresarial, el reciente 2 de mayo de 2019 se aprobó en el Congreso de la República un proyecto legislativo sobre el control previo de operaciones de concentración económica. Sin embargo, fue reconsiderado. Posteriormente, el 19 de setiembre de 2019, el Pleno aprobó la solicitud de la reconsideración para la corrección del texto, no obstante, no se debatió y se dejó en cuarto intermedio el proyecto⁴. Recientemente, con el Decreto de Urgencia N° 013-2019 publicado en el diario oficial “El Peruano” el 19 de noviembre de 2019, se estableció el control previo de operaciones de concentración empresarial para todos los sectores económicos.

⁴ Con documento del 3 de mayo de 2019, la presidenta de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, la congresista Mercedes Aráoz Fernández, solicitó la reconsideración de la votación recaída en los proyectos de Ley 353, 367, 2398, 2421, 2558, 2567, 2569, 2604, 2634, 2654, 2660, 3279 y 4110, votados en la sesión del Pleno.

Por todo lo anterior, el presente trabajo de investigación tiene por objetivo recopilar, sistematizar, analizar y proponer argumentos y contra argumentos que se han planteado en el debate a fin de conocer la dimensión, implicancias y posibles efectos en el mercado de tener un control de concentraciones en el Perú. Nosotros creemos que la competencia es un factor sumamente influyente en el desarrollo económico dentro de cualquier país. Así pues, el control de operaciones de concentración empresarial constituiría una pieza clave en la economía del Perú.

Por lo tanto, una vez que el lector cuente con una base sólida de lo que implica una regulación de esta naturaleza, la tesis apuntará hacia las recomendaciones que podrían tomarse en cuenta para implementar un control de concentraciones empresariales, y que éste se realice con un marco regulatorio adecuado, que lejos de frenar al mercado, le otorgue seguridad y dinamismo al mismo. Creemos que un control *ex post* sanciona conductas, comportamientos que ya afectaron al mercado; quizás, una regulación *ex ante*, como un adecuado control de operaciones de concentración empresarial, podría evitar comportamientos anticompetitivos y así prevenir esa afectación.



CAPÍTULO I

EL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL COMO COMPONENTE DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

1.1 El ingreso del Perú a una economía de mercado y la aparición del control de estructuras en la legislación

A lo largo de la historia, los estados han buscado orientar sus políticas públicas hacia escenarios que garanticen de una u otra manera el bienestar social. En ese sentido, no interesa si nos encontramos bajo un régimen capitalista, liberal, socialista, comunista, entre otros. Los gobiernos persiguen a través de sus ordenamientos jurídicos regulatorios, garantizar que sus ciudadanos gocen de una vida acomodada donde la tranquilidad y prosperidad del ciudadano sea el mejor respaldo a la legitimidad de su gestión política⁵, de modo que, el Perú no es la excepción.

Entre la extensa lista de derechos que enumera y reconoce el artículo 2 de la Constitución Política se encuentra el derecho al bienestar⁶. Este derecho de contenido ciertamente general es recogido por primera vez en el texto constitucional peruano, luego de su abierta consideración en el ordenamiento jurídico internacional; como por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁷.

⁵ Como señalan Contreras y Glave (2002), el Estado y el mercado son dos instituciones casi tan antiguas como la historia misma. Desde tiempos muy remotos su interrelación siempre fue compleja y discutida. Actualmente, existe el debate acerca de si el Estado es como tal ya un concepto poco funcional y si su camino sería la desaparición. En la misma línea, aparece el papel promotor de un Estado que busca el desarrollo y bienestar económico, basado en la confianza del funcionamiento casi autónomo del mercado, dejando al Estado solo una función de regulación y arbitraje (Citado en Sánchez, 2003). Sin embargo, hay que ser claros que no en todas partes del Mundo, el Estado se encuentra preparado para asumir tan delicada y especializada tarea, ni tampoco la población se encontraría tan convencida de emprender semejante política.

⁶ Constitución Política de 1993

Artículo 2.- Derechos Fundamentales de la Persona

Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

(...)

⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

Artículo 25.- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Asimismo, podemos señalar que el derecho al bienestar tiene un importante contenido económico. Con esto, no solo aludimos a lo vinculado con la capacidad de ingresos y gastos de las personas en el afán de satisfacer sus necesidades, sino a la conexión existente con el sistema económico; y más precisamente, con la interrelación entre el modelo económico adoptado y la forma en que repercute en el bienestar del ciudadano (Kresalja y Ochoa, 2009).

La suma del bienestar individual entendido como concepto del desarrollo humano, tal como lo postula el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) o la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL-Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2000) nos lleva a la noción de bienestar social.

Igualmente, los estados promueven escenarios donde se reúnen las condiciones mínimas para que sus ciudadanos puedan alcanzar el bienestar. En ese sentido, el resultado de la suma del bienestar individual de cada persona nos permitirá conseguir como consecuencia directa, el bienestar colectivo, es decir, el bienestar social.

De acuerdo con ello, los años 90 significaron para el Perú un cambio de rumbo en las políticas de gobierno con el objetivo de alcanzar el bienestar social. Así, se pasó de un Estado con patrones populistas —llamado por algunos “nacionalismo inconsistente”⁸— a uno que promocionaba la economía de mercado como principal dinamizador de las políticas públicas⁹.

⁸ Carlos Reyna (2000) nos relata, por ejemplo, la que fue la “peruanización” de Leche Gloria S. A., una empresa que no gozaba de popularidad entre los ganaderos y campesinos de los valles productores de leche. Era un caso típico para quienes utilizaban argumentos nacionalistas basados en que la producción de alimentos era controlada por empresas transnacionales. Así pues, se cuestionaba el desperdicio de la producción de los pequeños ganaderos, el abuso en los precios que se les pagaban y el costoso envase de lata. Dicho sea de paso, varias de estas denuncias llegaron al Indecopi más adelante como procedimientos por “precios abusivos”.

En el caso mencionado, ocho días después de la anunciada intervención del Estado, la Sociedad Nestlé ya se había apresurado a vender sus acciones en Leche Gloria a un grupo de empresarios peruanos, “cumpliendo con la obligación de peruanización enunciada por el gobierno” (p. 273).

⁹ Al respecto, la creación de nuevos organismos públicos reguladores con la finalidad de promover el proceso competitivo como el Osiptel para las telecomunicaciones, Osinerg (ahora Osinergmin) para la energía, Ositrán para el transporte, Sunass para el saneamiento y alcantarillado; así como, una agencia de competencia como Indecopi y una agresiva política de privatización de las empresas estatales fueron algunas de las medidas más trascendentes que se adoptaron.

En ese sentido, el desarrollo conceptual del Régimen Económico¹⁰ contenido en el Capítulo I del Título III de la Constitución¹¹ sienta las bases de la actuación del Estado. En ese orden de ideas, las políticas públicas se enfocan en un conjunto diverso y articulado de instituciones como lo son la libre iniciativa privada, el pluralismo económico, la promoción y respeto de la libre competencia, el rol subsidiario del Estado, la libertad de empresa, la protección al consumidor a través de la reducción de la asimetría informativa, la garantía y respeto de los contratos, entre otros¹².

Todas estas instituciones enmarcadas en una economía social de mercado serán las que busquen alcanzar el bienestar social para los ciudadanos mediante una intervención excepcional del Estado¹³.

¹⁰ Artículos 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64 y 65 de la Constitución Política.

¹¹ La Constitución es entendida por el mismo Tribunal Constitucional como "un conjunto de valores, principios y reglas, es el eje principal que asegura la unidad del ordenamiento jurídico dado que representa la decisión política y jurídica por excelencia y el fundamento central del sistema constitucional en su conjunto" (Fundamento 4 de la STC 020-2003-AI/TC del 17 de mayo de 2004 en la "Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de enero de 2002, por contravenir lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú").

¹² Cabe precisar que, si bien la Constitución Política de 1979 reconocía de cierta manera una economía de mercado, en la práctica, esto no sucedía. Así pues, existía la prohibición constitucional de los monopolios privados más no públicos, con lo cual se denotaba una planificación estatal de la economía y una abierta intervención en el mercado por parte del Estado a través de empresas públicas (Enaco, Adinelsa, Editora Perú, Banmat, etc.), reservas de actividades económicas al Estado, entre otras. Si bien en la actualidad subsisten varias de ellas, el papel que juegan en la economía tiende a subsumirse bajo el rol subsidiario del Estado o en su defecto, atendiendo al interés público. Ya no poseen el papel protagónico de antaño.

En esa misma línea, como ejemplo, podemos citar el régimen económico de la constitución precitada como detallamos a continuación:

Constitución Política de 1979

Artículo 110.- El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.

Artículo 112.- El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionadas, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características.

Artículo 113.- El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.

Artículo 111.- El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio.

¹³ Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 49 de la sentencia del expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, correspondiente a la denuncia del señor Roberto Nesta Brero contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001, que la labor del cuerpo político en un contexto de un estado social democrático de derecho no puede incidir en la esfera de libertad de los agentes económicos. Lejos de eso, su intervención deberá ser excepcional. Asimismo, añade, que toda regulación estatal debería estar justificada por la presencia de una falla de mercado, es decir, aquella situación en la que la dinamización de la oferta y demanda junto con la libre competencia no funcionan como deberían y se impide una eficiente asignación de recursos, lesionando de esta manera, los intereses públicos.

Así pues, como lo señala el Tribunal Constitucional en la sentencia del 11 de noviembre de 2003, correspondiente al Expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003: “el fundamento de los principios constitucionales de libertad y justicia se sostienen en la economía social de mercado. Por tanto, resulta compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho, pues en este imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado”. En concordancia con ello, Herhård y Muller (1981) señalan que “se trata de un orden en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles”.

En esa misma línea, una economía social de mercado entendida como un modelo jurídico económico busca asegurar la competencia mediante el estímulo de la capacidad productiva individual, con la finalidad no solo de generar la creación de riqueza, sino de contribuir con la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, como lo reconoce el artículo 44 de la Constitución Política¹⁴ y desarrolla el Tribunal Constitucional¹⁵. Así pues, se sostiene que el modelo de economía social de mercado representa la condensación histórica de los valores constitucionales de la libertad y la justicia¹⁶.

En relación con lo previamente mencionado, Kresalja (2001) señala que al anularse la competencia se impide el desarrollo de los mercados orientados al bienestar del consumidor y se sustituye por mercados de funcionamiento distorsionado, los cuales se orientan en función de intereses políticos¹⁷.

¹⁴ Constitución Política de 1993

Artículo 44.- Deberes del Estado

Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

¹⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia del 27 de agosto de 2014. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley N° 29947, de Protección a la Economía Familiar.

¹⁶ Cabe recordar que el numeral 1 del artículo 151 de la Constitución de Weimar dispuso que “la disciplina de la vida económica debe corresponder a los principios de justicia con el fin de garantizar una existencia digna para todos. Es necesario garantizar la libertad del individuo dentro de tales límites”.

¹⁷ Esta posición que en la actualidad no ameritaría mucha discusión, años atrás fue producto de innumerables cuestionamientos, tal como se puede apreciar en el Diario de Debates del Congreso, en donde el entonces

Asimismo, el autor manifiesta que para entender los riesgos de controlar el poder económico siguiendo concepciones políticas favorables a una fuerte intervención del Estado, se debe tener presente que al pretender controlar el excesivo poder de las oligarquías económicas no se hace más que desplazar dicho poder a otras oligarquías más peligrosas que reúnen en sus manos tanto al poder político como al económico y cuyo control para la sociedad termina siendo más difícil.

Por lo tanto, podemos señalar que una economía de mercado se caracteriza por tener el rol de salvaguardar las libertades económicas fundamentales y asegurar que el Estado solo intervenga subsidiariamente en las interacciones de los agentes económicos en el mercado. De esta manera, se garantiza que las personas se desenvuelvan libremente en busca de su propio bienestar, en el marco del respeto de las instituciones políticas, jurídicas y económicas orientadas. Esta actuación individual junto con un estado supervisor más que intervencionista permitirá alcanzar estándares de bienestar social. Como señalamos anteriormente, la suma de las actuaciones individuales generará un resultado colectivo esperado: el bienestar social¹⁸.

Dentro de la economía de mercado se considera como uno de los principales pilares a la libre competencia, entendida como la interacción dinámica de la oferta y la demanda por parte de los agentes económicos. Así pues, queda claro que el Estado garantiza el normal desenvolvimiento del proceso competitivo dentro de las etapas de producción de un bien o prestación de un servicio. Asimismo, vela por el acceso al mercado y permanencia de los competidores en este, sin que el proceso competitivo pueda ser alterado artificialmente de manera maliciosa.

congresista Carlos Torres y Torres Lara sostenía que el régimen económico propuesto debe partir de la Constitución a fin de garantizar el correcto funcionamiento de las fuerzas del mercado. En tal sentido, reconocía que esta medida implicaba la instauración de la libre competencia en los mercados existentes, así como, la creación y desarrollo de mercados modernos en los escenarios donde estos no existieran o fueran incipientes. A lo que el congresista Manuel Moreyra Loredó refutaba diciendo que el Estado debía planificar, pues en un país pobre como el Perú, el Estado no podía darse el lujo de no planificar físicamente al país. De igual forma, indicaba que el Perú no es un animal que solo viene el presente, sino que debe intervenir en la economía. En: Debate Constitucional Pleno 1993, Tomo I, Publicación Oficial. Lima, Perú. 1998. pp. 751-756.

¹⁸ Efectivamente, el modelo y la teoría llevan a esa conclusión, no obstante, siempre hay que tener presente que el riesgo político es un factor que no se diluye del todo y de alguna manera podría afectar el resultado final.

Una política de libre competencia, entendida en sentido amplio, es el conjunto de medidas que adopta el Estado a través de sus organismos públicos para controlar los efectos no deseados en el mercado. Estos efectos negativos pueden originarse por una acumulación de poder económico o por una concertación de voluntades que buscan falsear el proceso competitivo (una desnaturalización de la ley de oferta y demanda). Además, la actuación gubernamental pretende que se alcance el bienestar social a través del estricto respeto al normal desenvolvimiento del mercado.

Por lo tanto, el Derecho de la Libre Competencia se preocupará por garantizar el bienestar social que se produzca a partir de la libre interacción de la oferta y la demanda por parte de los agentes económicos en el mercado utilizando diversos mecanismos e instrumentos legales para velar por el proceso competitivo, tanto desde el punto de vista preventivo como desde el sancionador o punitivo (las medidas de *advocacy* y las políticas de *enforcement*).

En concordancia con lo expuesto hasta el momento resulta pertinente precisar que la libre competencia no solo beneficiará a los agentes económicos que concurren en el mercado en calidad de productores de bienes o prestadores de servicios, sino que constituye un derecho esencial que repercute positivamente en todos los consumidores.

A su vez, podemos señalar que el derecho mencionado incluye tres disciplinas normativas: (i) las normas sobre competencia desleal que tratan acerca de las pautas que deben seguir los competidores entre sí; (ii) las normas de la defensa del consumidor en las cuales se protegen los intereses de los consumidores en oposición a los productores y comerciantes y, finalmente (iii) el Derecho de Libre Competencia que vela por el sistema en su conjunto (Álvarez-Calderón, 1988).

Dentro del Derecho de la Libre Competencia, la administración realiza dos tipos de controles: (i) un control de conductas y (ii) un control de estructuras. En cuanto al primero, este se refiere a la intervención que realiza el Estado de manera *ex post* donde se despliegan sanciones contra el abuso de posición de dominio o las prácticas monopólicas, dependiendo de la tradición jurídica de que se trate y contra las prácticas colusorias o concertaciones (horizontales y verticales) (Cabanellas de Las Cuevas, 2005).

Por otra parte, el control de estructuras alude a una intervención que involucra un análisis y la eventual aprobación, denegatoria o condicionamiento a una operación de concentración de poder empresarial o fusión, que por su envergadura y circunstancias en el mercado relevante podría afectar el proceso competitivo. Así pues, la intervención del Estado en esta situación vendría a estar marcada por una intervención *ex ante* (López y Ballón, 2017).

En tal sentido, el control de operaciones de concentración empresarial se define, por su naturaleza, como un control de estructuras y se enmarca como una actuación *ex ante* por parte de la Administración. En una economía de mercado, donde se privilegia el rol subsidiario del Estado, la libre interacción de los agentes privados, así como, el respeto al proceso competitivo, cabría preguntarnos si una actuación de este tipo sería acorde con los preceptos antes descritos. Mientras avanzamos hacia caminos donde los estados optan por procesos de desregulación, el control de operaciones de concentración empresarial es una de las regulaciones más duras.

1.2 El origen. El control de operaciones concentración empresarial en sus inicios

La preocupación de los estados por la concentración del poder económico en unas pocas personas siempre ha estado presente a lo largo del tiempo. Se puede afirmar que existe un control de estructuras en un país cuando el Estado asume que una concentración empresarial puede llevar a una reducción de la competitividad del mercado a niveles poco saludables, como consecuencia de una reducción en el número de agentes económicos (Correa-Rey, 2005).

Al respecto, como lo afirman varios autores, entre ellos el inglés Edgard Coke, se encuentran evidencias de prohibiciones a los monopolios desde el derecho romano, disposición que luego fuera reconocida implícitamente en la Carta Magna para luego recogerse en ciertas leyes del Rey Eduardo III (citado en Miranda y Gutiérrez, 2007).

Por otra parte, Witker Velásquez (2000) nos señala que a partir de muchas protestas llevadas a cabo durante la Edad Media, se promulgó la Ley de Monopolios (*Statute of Monopolies*) en el Reino Unido durante el reinado de Jaime I en 1623. Esto fue una suerte de protección que se le daba a los inventores sobre sus obras.

Entre los años 1760 y 1830 apareció en Inglaterra y luego se extendió durante todo el siglo XIX en Europa y América del Norte lo que conocemos como la Revolución Industrial. Este fue un período en el cual las invenciones tecnológicas, el maquinismo, la producción en serie, la especialización laboral, entre otros, generaron un nuevo escenario. Los productores —sobre todo los grandes— iniciaron una ardua competencia por colocar sus productos, predominando la ejecución de la operación comercial, las economías de escala¹⁹ y el desarrollo de nuevos métodos empresariales. Por esto, el Estado formuló reglas con el objeto de combatir el comportamiento desleal o incorrecto de los competidores que ponían en riesgo la integridad del sistema (Flint Blanck, 2002).

No obstante, por más que mencionemos ejemplos donde la intervención del Estado en las concentraciones empresariales se haya puesto de manifiesto, es recién hacia finales del siglo XIX que aparecieron las primeras instituciones jurídicas de políticas de competencia como las conocemos actualmente.

En 1888, Canadá promulgó la primera ley con el propósito de combatir las prácticas anticompetitivas que se generaron a partir de la cartelización de muchas empresas, sobre todo en rubros de productos de consumo masivo como lo son el azúcar y el algodón, en tanto los empresarios empezaron a unirse como reacción a las normas arancelarias impuestas por el gobierno (Flint Blanck, 2002). Sin embargo, dos años más tarde el gobierno norteamericano promulgó la Sherman Act²⁰, ley que inspiró a todos los ordenamientos jurídicos en políticas de libre competencia.

En aquel tiempo, los reparos contra la concentración del poder económico fueron lo suficientemente poderosos para inspirar una regulación que proteja el balance competitivo. Como indicamos anteriormente, los gobiernos buscaban la legitimidad de sus políticas públicas a través de la aprobación popular, pues la concentración del poder económico nunca ha sido bien vista por la ciudadanía. Esto puede explicar el hecho de que toda

¹⁹ Las economías de escala son una condición de la producción donde se cumple la siguiente condición: entre mayor sea el nivel de la producción, menor será el costo promedio de producción. Cuando se presentan tales condiciones, una empresa podría producir cualquier nivel de producción a un costo menor que el de varias empresas (Cooter y Ulen, 2002).

²⁰ En reconocimiento al senador estadounidense, representante del Estado de Ohio, John Sherman; quien fue el que propuso la norma y la defendió durante su promulgación.

iniciativa contra las grandes concentraciones de poder económico siempre ha gozado del respaldo de la población.

La idea que subyace en lo antes señalado consiste en regular la intervención del Estado solo en los casos en los que un *trust* o un monopolio pusieran en peligro el proceso competitivo. En ese escenario debería aparecer el control estatal para impedir la concentración del poder económico.

Se define a los *trusts* como aquellos mecanismos a través de los cuales las empresas que desarrollaban una misma actividad comercial, se agrupaban (sin fusionarse) con el fin de eliminar la competencia y controlar la oferta y demanda, así como, el precio del producto. Es decir, una conglomeración de agentes económicos en el mismo mercado.

Cáceres (2002) sostiene que este mecanismo consistía en crear un comité central o directorio conformado por los presidentes o gerentes generales de las diferentes empresas miembros, en donde se les transfería en confianza las acciones para que estos ejercieran el control absoluto de las políticas comerciales de cada empresa miembro. Así teníamos un conjunto de empresas diferente que actuaban en el mercado como si fueran una sola.

En tal sentido, podríamos afirmar que el control de operaciones de concentración empresarial tuvo su origen en la preocupación de los estados por mantener el poder económico desconcentrado. De esta manera, podrían invocarse a las llamadas leyes antimonopólicas cuando peligraba el balance competitivo en un mercado.

En suma, el control de operaciones de concentración empresarial no es más que la manifestación de la preocupación del poder estatal que busca descentralizar el poder económico en los mercados. Por ello, traslada la voluntad de la población en cuanto se prefiere un mercado o sector en manos de muchos agentes económicos frente a unos pocos²¹.

²¹ El reto es adoptar esta medida con criterios técnicos y no políticos.

1.3 Las operaciones de concentración empresarial: una revisión de sus alcances

El sistema de control de operaciones de concentración empresarial supone un análisis que realiza la Administración de manera previa a ciertas operaciones que, dada su relevancia, agentes económicos involucrados y potenciales mercados afectados podrían alterar la estructura competitiva del mercado mediante la aparición de estructuras y prácticas restrictivas de la competencia. Asimismo, una competencia efectiva presenta una serie de ventajas para los consumidores: precios bajos, mayor calidad de productos, diversidad de los mismos, amplia oferta de bienes y servicios, innovación, ofertas, entre otros. Además, a través del control de fusiones se impide que las concentraciones empresariales priven a los consumidores de estas ventajas, al incrementar de forma significativa el poder de mercado de las empresas (Viñuelas, Gavela, y Hortalá, 2013).

Este análisis que realiza la Administración implica un estudio hipotético prospectivo del mercado que supone comparar la situación anterior a la operación de concentración empresarial propuesta, con la situación que se origina luego de llevada a cabo la operación empresarial de fusión. A fin de calcular el escenario, la agencia de competencia deberá realizar los siguientes pasos: (i) definir el mercado relevante (determinar exactamente el mercado producto y el mercado geográfico), (ii) evaluar la estructura o composición del mercado y la concentración existente antes de la operación de concentración (cuotas de participación de las empresas, competencia real y potencial, sector o sectores involucrados, naturaleza de los bienes o servicios, etc.), (iii) evaluar los posibles efectos de la operación de concentración empresarial, incluidos los efectos unilaterales y de coordinación (probabilidad de que el agente económico concentrado posea la capacidad de ejercer poder de mercado unilateralmente y la probabilidad de que la operación de concentración genere más oportunidades para que los agentes del mercado coordinen comportamientos) y (iv) estudiar la probabilidad de que surjan nuevas barreras de entrada al mercado y la existencia de barreras efectivas para la entrada de nuevos competidores, así como, la expansión de los actuales (Wish, 2009).

En tal sentido, podríamos comenzar señalando que el término “concentración”, como lo define Soriano (1998), se entiende como “el conjunto de operaciones jurídicas que indistintamente de su naturaleza, tales como fusiones, adquisiciones, absorciones o uniones de empresas, tienen como resultado final la adquisición por parte de una empresa del

control sobre otra u otras o, eventualmente, la creación de una empresa global que definitivamente absorba a las demás intervinientes”.

Por lo tanto, un simple acuerdo entre empresas, aunque sea de naturaleza permanente o estable, no debe considerarse como una concentración económica. Para ello se debe observar la existencia de una sola unidad de dirección y no los comportamientos independientes o aislados entre las distintas empresas agrupadas²².

En concordancia con ello, la concentración empresarial puede ser el resultado de distintos tipos de operaciones. De tal forma que, el fenómeno económico por el cual dos o más empresas terminan convirtiéndose en una sola unidad económica, bajo una misma dirección, responde desde operaciones de fusiones hasta procedimientos de adquisición de control de una empresa sobre otra. En el caso de las fusiones tendríamos un escenario con una pérdida total de la independencia de la empresa concentrada, mientras que, en el segundo caso se presentaría un escenario en donde se tendría que modificar la estructura organizacional y de gestión de la empresa para que pase a ser controlada por otra, aunque en la práctica podría mantener su independencia formal²³.

En la misma línea, se señala que las concentraciones empresariales se llevan a cabo mediante una regulación que controle las operaciones económicas entre dos o más empresas. Así pues, deben concurrir dos presupuestos: (i) de un lado, que la operación empresarial suponga una modificación estable en la estructura organizacional de las empresas participantes y (ii) la concentración económica tiene que alcanzar determinada dimensión en el mercado (Pérez, 2012).

Cabe agregar, que un concepto más completo podría ser el adoptado por la Unión Europea en el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, sobre el control

²² Por ejemplo, en el artículo 3 del Reglamento Comunitario de Concentraciones de la Unión Europea se señala que no se produce una concentración cuando (i) se realizan actividades de inversión con el objetivo de adquisición de otras empresas de crédito, financieras y de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros, siempre que dicha adquisición sea temporal y no se ejerzan los derechos de voto sobre las empresas adquiridas con el objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa, y (ii) el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa de un Estado miembro relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo.

²³ Debemos precisar que dependerá del marco jurídico de cada país para que la definición del ámbito de aplicación de las normas sobre el control de operaciones de concentración vincule o no a los diferentes tipos de concentraciones. En el ordenamiento legal se encontrarán definidas y establecidas las operaciones sujetas a revisión por parte de la autoridad.

de las concentraciones entre empresas, en donde se establece que las operaciones de concentración empresarial que se regulan deben obedecer a dos criterios: uno cualitativo y otro cuantitativo.

Cuando nos referimos al criterio cualitativo podemos clasificar la concentración según se trate de una operación económica *de medio* o una operación económica *de resultado*. En la primera se hace alusión a una operación en función de los medios que se utilizan para lograrla, con la ventaja de que se potencia la seguridad jurídica, aunque con el inconveniente de que dicha definición puede quedar obsoleta si aparecen nuevas vías de concentración no incluidas en el listado de la norma. En segundo lugar, la *de resultado* se basa fundamentalmente en los resultados económicos de la operación sin tomar en cuenta los medios o instrumentos legales utilizados para llevarla a cabo. El elemento principal en este caso es la pérdida de la independencia económica que se produce mediante la adquisición del control por parte de una o varias empresas (Pérez, 2015).

En relación con el criterio cuantitativo, Pérez (2015) sostiene que el análisis comienza por determinar si la operación de concentración tiene una dimensión comunitaria. Es decir, no cualquier operación de concentración empresarial estará sujeta a un control, solo se efectuará el mismo sobre aquellas que superen determinados umbrales en volumen de negocios. Es un criterio de análisis objetivo que calcula si la operación supera o no un parámetro. Además, a efectos del análisis, se incluyen a todas aquellas empresas que forman parte del mismo grupo que las empresas participantes en la operación, como el caso de Telefónica, Sogecable y Cablevisión²⁴.

Finalmente, realizando una revisión de la normativa internacional, podemos señalar que las operaciones de concentración empresarial deben contener entre sus elementos organizacionales (i) un cambio o modificación permanente de la estructura societaria de una o más empresas involucradas en la operación, (ii) poder o control total sobre las

²⁴La operación de concentración empresarial consistió en la creación de una empresa común denominada: Cablevisión. Esta no se notificó a la Unión Europea pues según las empresas involucradas, argumentaron que no poseían una dimensión comunitaria, sino estrictamente nacional. La autoridad española autorizó la concentración. No obstante, la Comisión Europea señaló que la operación sí tenía dimensión comunitaria toda vez que se debía incluir en el análisis a una serie de empresas que formaban parte del grupo de la empresa Sogecable. Una vez que se conoció el dictamen donde se declaraba incompatible la operación con el mercado comunitario, las empresas involucradas anunciaron la cancelación de la operación. Revisar: Decisión del 19 de julio de 1996, sobre la incoación del procedimiento del asunto IV/M.709 – Telefónica/Sogecable/Cablevisión, en DOUE C 288, 7.8.1996. pp. 5 y ss.

decisiones de la empresa absorbida y (iii) en caso de estar ante la creación de una nueva empresa en común o la adquisición del control conjunto sobre una empresa, ésta debe desempeñar con carácter permanente las funciones de una entidad económica autónoma y no tener por finalidad o efecto principal la coordinación de los comportamientos competitivos de las empresas que continúen siendo independientes. Cabe añadir también que de acuerdo a diversas guías internacionales de competencia, los casos donde se puede ejercer una injerencia determinante con relación a las actividades de una unidad productiva, que resulte de: a) el ejercicio de la titularidad de derechos (propiedad o de uso) a través de relaciones contractuales o instrumentos similares, sobre toda o una parte de los activos de una compañía; o ii) contratos o derechos que influyan concluyentemente sobre la estructura, constitución, resoluciones o toma de decisiones de los órganos de una empresa²⁵.

Es pertinente aclarar que cuando se habla de operaciones de concentración empresarial, debe estar presente la pérdida de control o autonomía de las empresas, caso contrario, estaríamos frente a un mero escenario de colaboración empresarial lícito (asociación en participación o *joint venture*, por ejemplo) o ilícito (como son las colusiones horizontales y verticales).

De lo antes señalado, podemos concluir que la mayor preocupación de las operaciones de concentraciones empresariales se da porque al aumentar el grado de concentración en un mercado se fortalece la posición de la empresa. En ocasiones, esto podría significar la consolidación de barreras de entrada, la eliminación de competidores, así como, una disminución de ofertas, calidades y variedades. De igual forma, se podría señalar como causa de generación de posibles escenarios colusorios.

En el mismo sentido, y tal como veremos más adelante, este panorama también podría generar un aumento en los precios, lo que traería como consecuencia inmediata la reducción del excedente del consumidor²⁶ con la consecuencia directa: afectación al consumidor, por tanto, una reducción del bienestar social.

²⁵ Para obtener más información, se puede revisar: UK Competition and Markets Authority; US, Horizontal Merger Guidelines; UE, Merger Guidelines; UE, Reglamento (CE) N° 139/2004.

²⁶ El excedente del consumidor está dado por la diferencia entre lo que una persona está dispuesta a pagar y lo que tiene que pagar por determinado bien o servicio.

Asimismo, consideremos pertinente aclarar que a efectos del presente trabajo trataremos indistintamente los términos “concentraciones empresariales”, “fusiones” o “uniones comerciales”. Si bien, en estricto, las definiciones de estos conceptos no son idénticas, para el objetivo de la investigación no amerita desarrollar las diferencias, toda vez que tendríamos que tratar sobre conceptos de Derecho Societario, Derecho Mercantil, Derecho Civil, etc. que lejos de enfocar el tema, lo podrían distorsionar.

1.4 No todas las operaciones son iguales. Clasificación de los tipos de concentración empresarial

Partimos de la premisa de que toda clasificación resulta arbitraria. En efecto, los elementos que son tomados como denominador común por una determinada persona, no siempre corresponderán al juicio de valor de otra. Por tanto, tenemos que ser claros al señalar que el presente trabajo parte de una clasificación escogida entre varias, no obstante, en la doctrina también se pueden encontrar otras clasificaciones similares.

Según las relaciones económicas entre las empresas involucradas en la operación en cuestión, las operaciones de concentración empresarial o fusiones pueden ser clasificadas en tres grandes categorías, de acuerdo con lo señalado a continuación:

- (i) Fusión horizontal: es aquella en la cual las empresas involucradas en la operación de concentración compiten en la misma industria produciendo bienes similares o idénticos, así como, realizando sus actividades en el mismo mercado geográfico. Es decir, se trata de agentes económicos que participan en la misma cadena de producción con bienes o servicios homogéneos.

De los tres tipos de fusiones que desarrollaremos, se dice que las fusiones horizontales suelen ser la que podrían producir mayores efectos en el mercado, tanto positivos como negativos. Por un lado, podrían generar eficiencias provenientes de economías de escala, multiplantas, sinergias en la producción o distribución; y por el otro, una reducción de la competencia con el consecuente incremento de precios, reducción de calidad, disminución de oferta y calidades, etc. (Quiroga y Rodríguez, 1997).

Por lo tanto, cuando hablamos de fusiones horizontales o, también llamadas *horizontal mergers*, nos encontramos en un escenario dual. En primer lugar, podríamos encontrar desarrollos importantes sinergias, reducción de costos de transacción, alto grado de especialización; y en segundo lugar, excesiva concentración en un mercado determinado, consolidación de posiciones de dominio con incremento de poder de mercado, entre otros (Lizana y Pavic, 2002).

A su vez, la mayoría de estados enfocan sus esfuerzos en controlar los efectos de esta clase de operaciones toda vez que genera más preocupación por sus consecuencias en el proceso competitivo.

- (ii) Fusión vertical: es aquella que involucra a dos o más agentes económicos que realizan sus actividades en el mismo mercado relevante, pero en diferentes eslabones de la cadena de producción. Esta fusión también es conocida como *vertical mergers*.

Se produce cuando (i) una empresa que produce un bien intermedio (o un factor de producción) se unifica con otra empresa que produce un bien final, donde la producción de este bien utiliza a dicho bien intermedio, o (ii) es aquella que ocurre cuando dos compañías tienen una relación comprador - vendedor previa a que la fusión se lleve a cabo (Gerencia de Estudios Económicos - Indecopi, 2005).

Una fusión vertical se consolida cuando aquellas empresas que participan directamente en dos o más etapas de producción de un determinado bien o servicio deciden integrarse. Estas fusiones, al igual que las fusiones horizontales, permiten obtener un poder monopólico en uno de los mercados involucrados o en ambos. No obstante, en la práctica, son muy pocos los casos en que las empresas necesitan integrarse verticalmente para resolver sus problemas de costos de transacción y oportunismo (Fernández-Baca, 2006).

- (iii) Fusión de conglomerado: son también llamadas *conglomerate mergers* e involucran a empresas que participan en mercados totalmente distintos. Es decir, bienes o servicios que no guardan relación alguna (heterogéneos) y que tampoco poseen una relación de competencia.

Se dice que, en atención a su naturaleza, este tipo de concentración empresarial no genera efectos dañinos a la competencia. Sin embargo, en países donde el mercado es poco profundo o no ha alcanzado niveles de desarrollo económico importante, los conglomerados podrían llegar a generar barreras de entrada importantes que serían una restricción al ingreso de nuevos competidores (Caviedes, 2012).

La concentración empresarial de firmas no relacionadas resulta de la unión entre agentes económicos que no guardan vinculación comercial entre sí o producen bienes menos relacionados. De acuerdo a lo que establece Indecopi, esto se produce ya sea porque ambas empresas se vinculan funcionalmente en la producción o distribución (extensión del producto); las firmas producen los mismos productos, pero los venden en diferentes mercados geográficos (extensión del mercado) o porque las empresas no están relacionadas por los bienes que producen y venden, que son los llamados conglomerados puros (Gerencia de Estudios Económicos - Indecopi, 2005).

En resumen, la fusión de conglomerados tiene tres elementos: (i) son mercados relevantes distintos o productos completamente diferentes (no sustitutos ni complementarios), (ii) no se ajustan a una fusión horizontal ni vertical, pues se trata de un análisis residual y por exclusión, y (iii) no existe una relación de competencia entre las empresas involucradas.

Podemos concluir señalando que, dependiendo del tipo de operación comercial, los efectos que se generen en el mercado, y por tanto, en el proceso competitivo, son diferentes y tienen una repercusión distinta en el bienestar social de los ciudadanos. Asimismo, cada tipo de operación de concentración traerá consigo sus ventajas y desventajas en los mercados en donde se produzcan. En un capítulo posterior desarrollaremos un análisis más pormenorizado de los principales efectos competitivos y restrictivos de los distintos tipos de operaciones de concentración empresarial.

1.1 El control de operaciones de concentración empresarial en el Perú

Sabemos que el Derecho de la Libre Competencia es el mejor instrumento jurídico, junto con el de eliminación de barreras burocráticas y acceso al mercado para promover una asignación eficiente de recursos en el mercado en pos de escenarios más competitivos.

En tal sentido, se puede decir que los objetivos del Derecho de la Libre Competencia se encuentran alineados con la concepción del derecho moderno entendida como el aparato regulatorio que debe contribuir al crecimiento y consolidación del sistema económico, en donde el *homo economicus* es el principal sujeto - actor de nuestras legislaciones (Risso, 2002).

La cultura de defensa de la libre competencia en el Perú ya tiene más de 25 años de desarrollo. En ese lapso se han ido consolidando conceptos, objetivos, métodos de investigación de mercados y detección de cárteles, sistemas de vigilancia de los agentes económicos, convenios con agencias internacionales, herramientas para la promoción de la competencia, se han estrechado los lazos de colaboración con otras agencias de competencia a nivel mundial y distintos organismos internacionales, etc.

En 1991 fue publicado nuestro primer texto jurídico en la materia: el Decreto Legislativo N° 701²⁷, contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Si bien este recién fue aplicado de forma efectiva cuando la agencia de competencia²⁸ (Indecopi)²⁹ inició labores hacia el año 1993, los más de 15 años de vigencia de esta norma le otorgan la suficiente contundencia para concluir que a inicio de los años

²⁷ La norma del 5 de noviembre de 1991 tiene su origen en la Ley 25327, del 3 de junio de 1991, mediante la cual el Congreso de la República delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo para que en el plazo de 150 días dicte decretos legislativos en materia de crecimiento de la inversión privada.

²⁸ Para mayor información respecto a las diferencias entre una agencia de competencia y un organismo regulador, se puede revisar el artículo de Alfredo Bullard González: “INDECOPI: *Why isn't a regulatory body*” Publicado en inglés en: *The role of the State in competition and intellectual property policy in Latin America: Towards and Academic Audit of INDECOPI*. Beatriz Boza. Abril, 2000. PromPerú. pp. 135-141. Asimismo, “Ente regulador y agencia de competencia: ¿Son la misma cosa?” (Bullard, 2003).

²⁹ Formalmente, en el Perú existen dos agencias de competencia: el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), competente en todos los asuntos relacionados con el sector de las telecomunicaciones y el Indecopi que lo es respecto de la tutela de la competencia en todos los demás sectores de la economía. Al respecto la OCDE (2018) advierte que esta configuración institucional no es poco usual en América Latina. Pero también señala que se genera el riesgo de que se planteen situaciones de divergencia en la aplicación de la legislación de competencia. Es decir, que la tutela de la defensa de la competencia se vea influenciada por medidas de carácter regulatorio o instrumentalizada en aras de la consecución de objetivos regulatorios.

90, el Derecho de la Competencia comenzó a formar parte efectiva de uno de nuestros pilares de desarrollo económico.

Posteriormente, en el 2008, comenzó a regir el Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas³⁰, dando pase a una nueva era del Derecho de la Competencia en el Perú. Al respecto, esta norma fue complementada y modificada con los Decretos Legislativos 1025³¹ y 1396³², los mismos que han sido consolidados en el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante el Decreto Supremo 030-2019-PCM³³.

Todas las normas anteriormente mencionadas regulan las actuaciones de la administración respecto a las conductas de los agentes económicos en el mercado. Por tanto, se refieren a un control *ex post* que la autoridad realiza cuando existe un daño o un potencial daño al proceso competitivo (abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales). Por otra parte, en ningún momento las normas se refieren al control de estructuras: control de operaciones de concentración empresarial - control de fusiones.

En el Perú el control de operaciones de concentración empresarial se encuentra bastante acotado, pues solo se aplica de manera transversal en un sector de la economía: el sector eléctrico. Al respecto, contamos con la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico³⁴ y sus reglamentos, el Decreto Supremo 017-98-INTINCI (aplicable a todas las operaciones de concentración de empresas peruanas titulares de concesiones de actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica³⁵), así como, el Decreto Supremo 087-2002-EF (aplicable a las operaciones de concentración de las referidas empresas que puedan ocasionarse como consecuencia de obtener la buena pro de procesos de promoción de la inversión privada³⁶). En cuanto a ello, es importante señalar que la principal diferencia entre estos reglamentos es el procedimiento de aprobación al que se encuentra sujeta la operación de concentración, siendo en el segundo caso, bastante más breve (Quintana, 2013).

³⁰ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de junio de 2008.

³¹ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de setiembre de 2015.

³² Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de setiembre de 2018.

³³ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de febrero de 2019.

³⁴ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de noviembre de 1997.

³⁵ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de octubre de 1998.

³⁶ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de junio de 2002.

Otro aspecto importante de la Ley 26876 es que no solo es la primera norma que regula un control *ex ante* para las operaciones de concentración empresarial en un determinado mercado³⁷, sino que define claramente qué es lo que se debe entender por concentración, tal como lo presenta el artículo 2:

Artículo 2 de la Ley 26876.- Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación "joint venture", asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

No se considera que existe concentración cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo³⁸.

Por otro lado, se establece que en el sector eléctrico se debe solicitar la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que origina la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquellos que involucren directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que origina la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados³⁹.

A nivel de casuística, podemos traer a colación lo resaltado por la Oficina de Estudios Económicos del Osinergmin como experiencias importantes. Así pues, se señala que “un

³⁷ Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

Artículo 1.- Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

³⁸ El resaltado es nuestro.

³⁹ Artículo 3 de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

primer caso se originó como consecuencia de la adquisición de las empresas Enersis (Chile) y Endesa (Chile) por parte de la empresa Endesa (España). Ambas empresas poseían activos de generación y distribución en el Perú adquiridos a partir de los procesos de privatización: Endesa (España) controlaba la operación de las empresas de generación Etevensa y Eepsa; mientras que, Enersis (Chile) controlaba la distribuidora Edelnor y Endesa (Chile) controlaba la generadora Edegel”.

Como resultado de la operación antes detallada, Endesa concentró en el mercado nacional no solo una empresa de distribución sino tres empresas de generación. Considerando a los clientes regulados, la operación de fusión de las empresas de generación trajo como consecuencia una mayor concentración horizontal, mientras que, por otro lado, la fusión de estas empresas generadoras con la empresa de distribución aumentó la concentración vertical. No obstante, considerando la naturaleza y características del diseño de mercado eléctrico del Perú, la fusión de las empresas de generación y la de distribución también ocasionó un incremento en la concentración horizontal en el mercado de clientes libres, en tanto que generadoras y distribuidoras compiten por este tipo de clientes.

Dentro del procedimiento administrativo, la operación fue aprobada, pero se le impusieron condiciones a cargo de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, CLC) entendiendo que los posibles escenarios para el desarrollo de prácticas anticompetitivas eran limitados y reducidos por el ordenamiento jurídico vigente a dicha fecha. En su pronunciamiento, la Comisión impuso la obligación a Edelnor a licitar sus compras de energía y potencia entre todas las empresas de generación del sistema eléctrico (vinculadas y no vinculadas) y a su vez, le restringió el poder de voto del Grupo Endesa en el Comité de Operación Económica (COES) de tres votos a dos, buscando restablecer con ello el estado inicial de poderes dentro del COES.

El segundo ejemplo desarrollado fue el de la operación de fusión como resultado del proceso de privatización de la empresa generadora estatal Electroandes. Al final de dicho proceso, la Comisión para la Promoción de la Inversión (hoy Proinversión), otorgó la buena pro a la empresa norteamericana PSEG, empresa que a la fecha de la evaluación tenía la condición de uno de los accionistas mayoritarios de la distribuidora Luz del Sur. La privatización trajo como consecuencia, al igual que en el caso anterior, la integración vertical de una empresa distribuidora con una empresa generadora.

En esta ocasión, la CLC aprobó la operación sin condicionamientos, indicando que la misma no tendría efectos negativos para la competencia en la industria eléctrica peruana. Los criterios que llevaron a la Comisión a aprobar dicha operación fueron, entre otros, la reducción del índice de concentración a nivel de la generación y del mercado de clientes libres, la inexistencia de transacciones comerciales entre Luz del Sur y Electroandes, así como, el estado de la regulación vigente que impedía el desarrollo de algunas prácticas comerciales, tales como la de subsidios cruzados entre las actividades reguladas (la distribución) y competitivas (la generación) (Gallardo y Dávila, 2003).

Con respecto al artículo 5 de la Ley 26876⁴⁰, podemos mencionar el pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi en el cual se aprueba un precedente de observancia obligatoria⁴¹ que interpreta los alcances de su aplicación.

En dicho pronunciamiento se señaló que para imponer determinadas condiciones para la aprobación de operaciones de concentración empresarial en el Sector Eléctrico debe entenderse que dicha restricción deberá estar asociada a un horizonte temporal, luego del cual la Administración deberá revisar las características y el entorno competitivo del mercado, para determinar si resulta pertinente o no mantener la restricción impuesta. Claro está, que también se reconoce el derecho del administrado, en virtud del procedimiento de revocación de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444), de solicitar dejar sin efecto las condiciones impuestas. Para ello deberá justificar su pretensión en la identificación del cambio de circunstancias que se habrían producido en el mercado

⁴⁰ Artículo 5 de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

Si ocurre que a partir de la investigación o del procedimiento respectivo los actos de concentración pudiesen tener como efecto la disminución, daño o impedimento de la competencia y la libre concurrencia, la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán adoptar las siguientes medidas:

- a) Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine;
- b) Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda. El ejercicio directo o indirecto del control a través del ejercicio del derecho de voto de las acciones o de cualquier otro acto jurídico que confiera el control sobre la empresa objeto de concentración, quedará en suspenso hasta el cumplimiento definitivo del mandato de desconcentración.

⁴¹ Los precedentes de observancia obligatoria son pronunciamientos de la autoridad administrativa que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de las normas.

eléctrico y que ameritaría el levantamiento de las condiciones establecidas en su oportunidad⁴².

En ese sentido, podemos concluir que el control de operaciones de concentración empresarial en el Perú solo se encuentra regulado para el sector eléctrico, pues durante este lapso, los casos que se presentaron al Indecopi no superaron los veinte en más de dos décadas de vigencia de la norma (a lo mucho un promedio de uno por año).

Sin embargo, también podemos señalar que, si bien el volumen es poco significativo, tampoco se ha realizado un estudio que recopile la experiencia e impacto de las operaciones de concentración en el sector eléctrico ni que procese la data sobre los efectos que las decisiones administrativas han causado en el mercado en cuestión. Por otra parte, no se ha encontrado ningún estudio que cuantifique y correlacione la influencia de tener un control en las operaciones de concentración en el sector eléctrico con su respectivo desarrollo. No obstante, adelantando una conclusión que veremos más adelante, lejos de retrotraerse, el sector mencionado siempre ha estado incrementando sus niveles de producción⁴³.

En los dos últimos años, la preocupación por regular este tema ha llevado a que se formulen más de una decena de proyectos normativos en la materia. Se trabajaron, por ejemplo, los proyectos de ley 353, 367, 2398, 2558, 2567, 2569, 2604, 2634, 2654, 2660, 3279 y 4110. En resumen, este número importante de proyectos se consolidó en una sola propuesta normativa, la misma que fue aprobada en el Pleno del Congreso de la República el 2 de mayo de 2019. No obstante, con documento del 3 de mayo de 2019, la presidenta de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, la ex congresista Mercedes Aráoz Fernández, solicitó la reconsideración de la votación. Con fecha 19 de setiembre de 2019, el Pleno aprobó la solicitud de la reconsideración para la corrección del texto, no obstante, no se avanzó con su debate y se dejó en cuarto intermedio.

⁴² Revisar 0623-2014/SDC-Indecopi del 22 de julio de 2014 emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi en el procedimiento de autorización solicitado por la empresa Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.

⁴³ Al respecto, también sería pertinente señalar que en términos de impacto en las actividades del Indecopi, tampoco se han encontrado estudios que analicen en qué medida tramitar las solicitudes de concentración empresarial puede haber “distribuido” los limitados recursos de la agencia de competencia para perseguir y sancionar comportamientos anticompetitivos.

Un elemento a considerar es que esta propuesta de ley fue producto de años de trabajo, discusiones a todo nivel y coordinaciones constantes entre el Poder Ejecutivo y sus distintas instituciones (Ministerios de Economía y Finanzas, Producción, Energía y Minas, Transportes y Comunicaciones; entidades como Indecopi, Osinergmin, Osipitel, Ositran, Sunass, Defensoría del Pueblo, entre otras), así como, el Poder Legislativo. Como resultado tenemos una propuesta de ley, y a diferencia de los anteriores textos de promoción de la competencia, como los Decretos Legislativos 701, 1034, etc., esta norma no se estuvo proponiendo en el contexto de un período de facultades delegadas al Poder Ejecutivo, pues es el mismo Poder Legislativo el que ejerce plenamente una de sus principales facultades ante quien finalmente se busca aprobar la norma. Así pues, esto reflejaba la voluntad, importancia y trascendencia de la propuesta de norma en cuestión.

Podemos señalar que teníamos un texto normativo mayormente consensuado que buscaba regular las operaciones de concentración empresarial en todos los sectores de manera transversal, un control de estructuras para todas las industrias.

No obstante, el 19 de noviembre de 2019, mediante el Decreto de Urgencia N° 013-2019 se aprobó el control previo de operaciones de concentración empresarial. Así pues, lo que saludábamos como una iniciativa consensuada entre dos poderes del Estado, se dejó de lado.

Como sabemos, un decreto de urgencia deber regular materias que sean estrictamente necesarias para asegurar la continuidad del gobierno (la Ley de Presupuesto, por ejemplo), no vemos como una norma que se viene discutiendo por más de veinte años, que entra en vigencia en nueve meses y que claramente no va a tener un impacto inmediato pueda haberse aprobado bajo esta modalidad. El esfuerzo mencionado anteriormente, de alguna manera, ha sido deslegitimado⁴⁴.

Entre tanto, seguimos teniendo un conocimiento práctico a nivel nacional que es incipiente en la materia. Por lo mismo, creemos que es una tarea pendiente y urgente prepararnos

⁴⁴ Al respecto, se puede revisar los “Lineamientos para la Elaboración y Trámite de los decretos de urgencia emitidos en el marco del artículo 135 de la Constitución Política del Perú” así como el Informe Legal N° 389-2019-JUS/DGDNCR del 7 de octubre de 2019, elaborados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

política e institucionalmente para afrontar este nuevo reto. No basta tener una norma, esta debe aplicarse de la mejor manera y sus alcances deben ser difundidos a fin de publicitar los beneficios de la misma. El esfuerzo es conjunto y será necesario educar al sector privado y capacitar al sector público.

En un capítulo posterior desarrollaremos mayores alcances sobre las recomendaciones y comentarios respecto a qué elementos debería contener una regulación de esta naturaleza, para proponer reglas procedimentales eficientes, así como, sugerir medidas para una aplicación correcta ante la eventual aprobación de una norma de control de operaciones de concentración empresarial.

1.5 La regulación del control de concentraciones empresariales a nivel internacional. La experiencia comparada

Unión Europea

Sabemos que el derecho de la competencia tiene su origen en Estados Unidos. Asimismo, podemos deducir fácilmente que muchas de las instituciones americanas fueron extrapoladas para construir el régimen europeo en la materia. No obstante, debemos comenzar el análisis realizando una precisión, pues mientras el sistema *antitrust* norteamericano se enfoca en salvaguardar el dinamismo del mercado protegiéndolo de cárteles, abusos y hasta monopolios, la dinámica europea fue distinta. En Europa el objetivo fue más político. Así, el objetivo de la Comunidad Europea no era defender un “libre mercado” sino crear un “libre mercado común” (Font, 1979). El presupuesto de partida fue la consolidación de un solo mercado a partir de unificar los existentes a ese momento, reducir las barreras de entrada y formalizar reglas en común.

Al respecto, el primer antecedente de control de concentraciones en la Unión Europea se remonta al artículo 66 del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) de 1951⁴⁵. Posteriormente, se extendió el control para todos los sectores

⁴⁵ El Tratado reunió a seis países (Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos) con el fin de organizar la libertad de circulación del carbón y del acero y el libre acceso a las fuentes de producción. Con el objetivo de resguardar la libre competencia, la Alta Autoridad debía ser informada de todas las acciones de los países de la CECA que pudieran afectar a la misma. Asimismo, el Tratado abordaba de forma específica tres casos que podían falsear la competencia: acuerdos, concentraciones y abusos de posiciones dominantes.

económicos ampliando el campo de aplicación de la normativa a través de los artículos 85 y 86⁴⁶ del Tratado de la Comunidad Europea (Tratado de Roma de 1957). No obstante, como se puede apreciar en dichos artículos no hay una referencia expresa a las concentraciones empresariales.

Más adelante, el Tratado de Roma fue actualizado y sustituido por nuevas normativas que tomaban en cuenta los cambios económicos de la región, el ingreso de nuevos estados miembros, la globalización de mercados, etc. En ese sentido, se aprobó el Tratado de

⁴⁶ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea – Tratado de Roma (1957)

Tercera Parte – Política de la Comunidad – Título I – Normas Comunes

Capítulo I – Normas sobre la competencia

Artículo 85.-

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:
 - a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
 - b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
 - c) Repartirse el mercado o las fuentes de abastecimiento;
 - d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;
 - e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.
2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.
3. No obstante, las disposiciones del apartado I podrán ser declaradas inaplicables a:
 - Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
 - Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
 - Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Artículo 86.-

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁴⁷ como resultado de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 en la misma ciudad, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

Asimismo, si bien se actualizó el Tratado de Roma, el capítulo relacionado a la libre competencia continúa considerando únicamente reglas sobre el abuso de posición de dominio y conductas colusorias. Debido a ello, la falta de regulación en materia de concentraciones empresariales se mantuvo y esto llevó a las autoridades a aplicar de manera extensiva los antiguos artículos 85 y 86 (actualmente, 101 y 102).

Cabe agregar que en aplicación del artículo 102 (antes 86) se definieron como abusivas ciertas concentraciones empresariales, especialmente las operaciones mediante las cuales una empresa que detentaba una posición de dominio fortalecía dicha posición, de tal manera que el grado de dominancia alcanzado restringía sustancialmente la competencia (Lennart y Braun, 2004).

Posteriormente, apareció el Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo y sus modificatorias, del 21 de diciembre de 1989, el mismo que se utilizaba para regular el control de las concentraciones entre empresas y que se derogó por el Nuevo Reglamento 139/2004 del 20 de enero 2004.

Al igual que el Tratado de Roma, el Reglamento 4064/89 no contenía ninguna referencia expresa a las posibles eficiencias derivadas de una operación de concentración como factor a considerar en la evaluación de una concentración. No obstante, en la práctica, la Comisión consideraba los efectos favorables que una concentración podía producir para los consumidores en el caso de un reforzamiento o creación de una posición de dominio⁴⁸.

Actualmente, las directrices horizontales de la Unión Europea en materia de concentraciones horizontales (apartado 78) establecen que se deberá considerar las

⁴⁷ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) es uno de los cuatro documentos que configuran la constitución material de la Unión Europea como tal. Además, junto con el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Tratado Euratom) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF), consolidan esta organización política económica continental.

⁴⁸ Navarro y Baches. (2004). El Nuevo Sistema Comunitario de Control de Concentraciones. En: *Revista Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, N° 8. p. 48.

eficiencias resultantes de la operación, toda vez que concurren los siguientes tres (3) elementos que mencionamos a continuación: (i) que las eficiencias generen beneficios para los consumidores, (ii) que resulten inherentes a la operación de concentración y (iii) que sean susceptibles de verificación. Más adelante, en el apartado 79 se añade un requisito adicional: se indica que las eficiencias deben materializarse en un período breve con posterioridad a la operación.

(i) Beneficio para los consumidores

Se busca que la operación de concentración empresarial no perjudique a los consumidores, sino que lejos de eso, los beneficie. En tal sentido, se debe considerar que las eficiencias sean sustanciales y se generen con prontitud en los mercados involucrados. Como principales efectos positivos se observará la reducción en los precios como resultado del ahorro de costos de producción y distribución, servicios nuevos o mejorados como efecto directo del aumento de eficacia en el ámbito de la I+D y de la innovación. A su vez, se podría dar el incentivo de aumentar la producción con la consecuente disminución en los precios; incluso se sostiene que, al disminuir los precios, respecto a la entidad fusionada, se reducen los incentivos para que se produzcan efectos coordinados con otras empresas en el mercado de la referencia.

No obstante, se debe precisar que la Comisión Europea exige que la materialización de las eficiencias se lleve a cabo en el corto plazo a fin de que se pueda generar un efecto compensatorio con respecto a la reducción de la competencia producto de la concentración.

Asimismo, se señala que mientras más (posibles) efectos negativos sobre la competencia se produzcan a partir de la concentración, la Comisión deberá tener mayor seguridad respecto a las eficiencias sustanciales que se invoquen⁴⁹.

⁴⁹ Consejo de la Unión Europea. Directrices sobre la Evaluación de las Concentraciones Horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03). Apartados 79 al 84.

(ii) Carácter inherente a la concentración

Las partes involucradas en la operación de concentración deberán probar ante la Comisión que no existen alternativas realistas y viables menos anticompetitivas que la operación antes descrita para alcanzar las eficiencias que se alegan. Es decir, no deben existir opciones como un acuerdo de licencia o una asociación en participación (*join venture*)⁵⁰.

(iii) Verificabilidad de los beneficios

Las empresas deberán presentar los datos necesarios para generarle a la Comisión la seguridad razonable de que las eficiencias se materializarán. Así pues, se busca que sean verificables y lo suficientemente sustanciales a fin de compensar el perjuicio potencial que podría generar una operación de concentración en los consumidores⁵¹.

Es importante señalar también que la Comisión analizó por primera vez las eficiencias como factor de evaluación de concentraciones en su decisión del 2 de octubre de 1991, *Aérospatiale-Alenia / De Havilland*⁵². Por otro lado, resulta pertinente indicar que, a

⁵⁰ Consejo de la Unión Europea. Directrices sobre la Evaluación de las Concentraciones Horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03). Apartado 85.

⁵¹ Consejo de la Unión Europea. Directrices sobre la Evaluación de las Concentraciones Horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03). Apartados 86 al 88.

⁵² Asunto N° IV/M.053-Aérospatiale-Alenia / De Havilland. En 1991, el consorcio italo-francés Aviones de Transporte Regional (ATR) conformado *Alenia-Aeritalia e Selenia Spa y Aérospatiale SIN*, empresas dedicadas a la fabricación de aviones civiles y militares, helicópteros, satélites, misiles, entre otros, decidió adquirir los activos de división *De Havilland a la Boeing Company*, su filial canadiense destinada a la fabricación de turbohélices de transporte regional.

Luego de analizar el mercado involucrado, la Comisión de la CE determinó que *De Havilland* era el competidor más importante de ATR y que como consecuencia de la operación, se obtendría la mitad del mercado mundial de transporte regional y más de dos veces y media la participación de su competidor más cercano. Así pues, la cuota de ATR pasaría de 30% a un 50%, aproximadamente. El rival más directo, Saab solo alcanzaría un 19% del mercado.

A pesar de que se argumentó a favor de la concentración, de una competencia con precios más flexibles, una mayor oferta en la gama de productos y ahorro de costos significativos, entre otros, la Comisión decidió impedir la adquisición con el argumento de que se generaría una posición dominante en el mercado de carácter permanente, lo que significaría un obstáculo significativo para la competencia efectiva. Ver: Quintana Sánchez, Eduardo. ¿Rezando entre Tinieblas?: El Credo del Control de Concentraciones Empresariales. En: *Themis, Revista de Derecho* N° 39. Lima, 1999. pp. 224 y 225; Navarro Varona, Edurne y Baches Opi, Sergio. El Nuevo Sistema Comunitario de Control de Concentraciones. En: *Revista Actualidad Jurídica Uría & Menéndez* N° 8. España, 2004. p. 48.

diferencia de los Estados Unidos, la Unión Europea no utiliza un método específico para cuantificar la concentración del mercado.

No obstante, la Comisión emplea cuatro indicadores para medir el impacto de las operaciones de concentración. Los dos primeros están referidos a la rivalidad entre empresas: (i) crecimiento de la demanda y (ii) penetración de importaciones en el sector. Los otros dos están referidos a las ventajas en eficiencia derivadas de la operación: (iii) economías de escala y (iv) contenido tecnológico del sector involucrado.

Asimismo, la Comisión no desarrolla una metodología de aplicación de estos indicadores, sin embargo, estos buscan medir la reducción de la rivalidad y la eficiencia generada por la operación, de modo que se permita identificar cuatro tipos de situaciones: (a) cuando no se reduce la rivalidad entre las empresas ni se producen mejoras en eficiencia, (b) cuando se producen mejoras en eficiencia sin provocar una reducción de la rivalidad, (c) cuando se reduce la rivalidad pero hay mejoras en eficiencia y (d) cuando se reduce la rivalidad sin ventajas de eficiencia. Así pues, las situaciones (a) y (b) no registran mayores objeciones, pero en las situaciones (c) y (d) se muestran mayores problemas. Al respecto, la situación (c) es un escenario que debería ser analizado con mucho cuidado y la situación (d) debería ser prohibida⁵³.

En la misma línea argumental, a partir del 1 de mayo de 2004, se precisó el criterio bajo el cual debe objetarse una concentración empresarial. Inicialmente se señalaba que debía observarse una operación de concentración empresarial cuando creaba o reforzaba una posición dominante siempre que esta generara un obstáculo significativo para la competencia efectiva⁵⁴. Posteriormente, la Comisión adoptó un criterio más fino (acertadamente, según mi opinión), mediante el cual establecía que la creación o reforzamiento de una posición dominante era una condición necesaria, pero no suficiente para considerar que una concentración proyectada sería incompatible con el mercado común. Esto porque adicionalmente se requería probar una significativa afectación a la competencia real (Briones, Folguera, Font y Navarro, 1999).

⁵³ Dirección General de Asuntos Económicos de la Ce, European Economy, 1989, número 40, citado en: (Ballarin, Canals y Fernandez, 1994).

⁵⁴ Artículo 2.2 del Reglamento N° 4064 de 1989, modificado por el Reglamento 1310/97 señala lo siguiente: “Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”.

En suma, el concepto de concentración determinará la sujeción de la operación a control administrativo previo, de la Comisión Nacional de la Competencia o de la Comisión Europea, según el ámbito nacional o comunitario de la misma, y siempre que sea suficientemente relevante, es decir, siempre que supere los umbrales establecidos en la legislación de la materia (Viñuelas, Gavela y Hortalá, 2013).

Estados Unidos de Norteamérica

Los primeros casos de fusiones en los Estados Unidos de Norteamérica fueron evaluados según la ley general sobre prácticas restrictivas de la competencia: la *Sherman Act* de 1890. Esta fue publicada el 2 de junio de 1890, concebida por el senador estadounidense John Sherman y aprobada durante el gobierno del presidente Benjamin Harrison. Se constituyó como la primera medida legal adoptada para limitar los monopolios, declarando como fórmula general ilegales los *trusts*, por considerarlos restrictivos y perjudiciales al comercio, y por ende, perjudiciales para los intereses económicos de la población.

En 1914 apareció la *Clayton Act*⁵⁵ en cuya séptima sección se prohibía la integración horizontal de las empresas o de parte de sus acciones. Posteriormente, hacia el año 1950 se dictó la *Celler-Kafauver Antimerger Act*, la misma que modificó la séptima sección de la *Clayton Act* en donde se incluía a las integraciones verticales y la adquisición de activos de empresas en los casos que debían regularse.

Como mencionamos líneas arriba, la *Clayton Act* prohibía las fusiones de compra de acciones que suponía un efecto de menor competencia en el mercado. Ante ello, los empresarios fueron capaces de encontrar caminos alternativos para evitar sus alcances adquiriendo los activos de un competidor. Por otra parte, la *Celler-Kafauver Antimerger Act* prohibió la adquisición de activos si esta acción traía como consecuencia la reducción de la competencia. No en vano a partir de tal regulación, se le llamó a esta última la Ley Antifusión.

⁵⁵ Fue una ley federal aprobada durante el gobierno de Woodrow Wilson, introducida por el representante demócrata del estado de Alabama: Henry De Lamar Clayton, para corregir y complementar las deficiencias de la *Sherman Act*.

En 1976 apareció el *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* (modificado luego en el 2000) donde podemos resaltar la obligación de notificación previa de ciertas integraciones verticales a la División Antitrust del Departamento de Justicia (DOJ) y a la Comisión Federal de Comercio (FTC). La norma estableció umbrales relacionados con: i) el monto de la transacción (en términos de valor de las acciones o activos adquiridos) y (ii) el valor de los activos de cada compañía o de los ingresos anuales individuales de las compañías. Además, el incumplimiento fue penado con la rescisión de la transacción empresarial y la aplicación de multas pecuniarias (Gellhorn, Kovacic y Calkins, 2004).

Hacia el año 1980, se dieron modificaciones normativas en las cuales se incluyeron a las operaciones que no se producían en territorio norteamericano, pero que podían afectarlo. Asimismo, se incluyeron no solo a las corporaciones, sino a las personas naturales (Hovenkamp, 2005).

En 1968, el DOJ emitió unos lineamientos para analizar las concentraciones empresariales. De acuerdo con ello, el método de medición fue la ratio de concentración de cuatro firmas: CR4. La principal preocupación de aquel entonces estuvo marcada por el ejercicio de poder de mercado por parte de empresas que actuaban unilateralmente o junto con otras empresas. Asimismo, le otorgaron un papel preponderante a la defensa de la eficiencia económica (Hovenkamp, 2005). Posteriormente, estos fueron reemplazados en 1982 con el Índice de *Hirschman-Herfindahl* (HHI)⁵⁶.

Hacia 1984 se modificaron nuevamente los lineamientos. Primero, se definió el mercado relevante partiendo del análisis mercado geográfico y mercado producto, para luego aplicar el análisis de concentración con el HHI. En este punto ya no solo fue factor de evaluación la concentración, sino el análisis de barreras de entrada al mercado y las pruebas de que la concentración iba a generar eficiencias.

⁵⁶ El HHI consiste en calcular la suma de los cuadrados de los porcentajes de mercado de cada empresa. Si el mercado consta de cuatro empresas con los siguientes porcentajes: 20%, 25%, 25% y 30%; el HHI sería de 2250 (400+625+625+900). Si el HHI resultaba mayor a 1800, lo más probable es que se objetara la operación. Si el resultado se encontraba en el rango entre 1000 y 1800, se entiende que la probabilidad de objeción por parte de la autoridad resultaba mínima. Si el resultado obtenido resultaba inferior a 1000, la autorización se otorgaba casi automáticamente.

En el año 1992, la FTC y el DOJ publicaron por primera vez unas directrices conjuntas de integraciones, las cuales se ocuparon principalmente del análisis de los efectos unilaterales de las integraciones horizontales y de los efectos coordinados, es decir, que se facilitó la coordinación de los agentes en virtud de la transacción (Coate, 2013).

En ese sentido, las directrices apuntan principalmente hacia un objetivo: determinar si una concentración conducirá hacia un incremento de precios o quizás a la reducción de la calidad de los bienes o servicios a un precio dado (Areeda, Kaplow y Aaron, 2004).

Las directrices antes señaladas han venido siendo modificadas en orden a adaptar la legislación *antitrust* con la economía global y el panorama económico mundial. Así pues, en 1997 y 2010 se modificaron. El análisis ahora se enfoca, como señala Coate (2013), en las concentraciones horizontales y los nuevos estándares de eficiencia sobre el poder de los compradores y nuevas metodologías para evaluar los probables efectos de las operaciones, a partir de evidencia empírica.

De igual manera, las directrices aclaran que la generación de eficiencias tiene una mayor incidencia en aquellas operaciones cuando los posibles efectos anticompetitivos no sean muy grandes; y adicionalmente, que las eficiencias no sean lo suficientemente significativas cuando la operación cree un monopolio o restrinja de otra manera el desarrollo comercial. Asimismo, según estas directrices, solo se considerarían como eficiencias aquellas que únicamente la concentración pueda generar y no las causadas por medio de otros mecanismos (Sullivan y Harrison, 2008).

Según Jonathan D. Leibowitz, ex comisionado de la FTC, la actualización de las directrices antes mencionadas hacia agosto de 2010 trajo cuatro avances en el proceso de control previo que consideramos pertinente mencionar, principalmente en lo relacionado con las integraciones horizontales.

En primer lugar, se señaló que estas se enfocaban en los efectos competitivos de un negocio sobre una aproximación más rígida y preformulada que había sido impuesta por algunas interpretaciones de las directrices de 1992. En segundo término, indica que por primera vez proveen una descripción clara, acompañada de muchos ejemplos, de los diferentes tipos de evidencia que las agencias consideran cuando evalúan los efectos

competitivos de una transacción. En tercer lugar, estas explican con mayor detalle el rol de las mediciones de concentración en el mercado y revisan los umbrales de concentración, debido a lo cual las agencias hacen inferencias de los efectos probables de una concentración sobre el poder de mercado. Finalmente, señala que las nuevas directrices contienen discusiones revisadas sobre diferentes factores que pueden ser importantes para analizar una concentración, entre ellas, la innovación y variedad de productos, efectos coordinados, discriminación de precios y entrada al mercado (Leibowitz, 2010).

Hoy en día, Estados Unidos considera que una concentración puede ser anticompetitiva cuando crea un monopolio (efectos unilaterales) o cuando facilita la colusión (efectos coordinados). En ese sentido, en las directrices sobre concentraciones empresariales de la FTC y el DOJ se presentan diferentes teorías utilizadas para evaluar los probables efectos que podría causar una concentración de tipo horizontal, por ejemplo, la creación de un monopolio con efectos que faciliten la colusión expresa o tácita. En ese caso, se analizan cuidadosamente las barreras de entrada, las ganancias en eficiencias que pueden generar las operaciones y la eventual reducción de la competencia (Barrera, Gutiérrez y Miranda, 2014).

Actualmente, al criterio que se aplica en EE. UU. se le puede denominar *totality of circumstances* y está contenido en las directrices sobre concentraciones empresariales de la DOJ y la FTC. De esta forma, se regula que la concentración de mercado y la participación de las empresas en el mismo no sean definitivas. Se debe evaluar caso a caso (de manera individual), atendiendo a las circunstancias particulares que rodean cada operación. En conclusión, se debe realizar un análisis especializado para cada transacción⁵⁷.

Panorama de la regulación del control de operaciones de concentración empresarial en América Latina y el Caribe

El control de operaciones de concentración empresarial, como parte del Derecho de la Competencia, se encuentra considerada en la mayoría de las legislaciones de los países de la región. Si nos referimos a los países de América Latina, por más que reúna solo a un grupo

⁵⁷ Ibídem.

de estos⁵⁸, sería importante iniciar con el repaso de la Comunidad Andina (CAN), antes llamada Pacto Andino.

La CAN es una organización internacional que se encuentra conformada por diversos órganos e instituciones que conforman el llamado Sistema Andino de Integración (SAI). Su objetivo, según lo detallado en el Acuerdo de Cartagena⁵⁹, consiste en promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Dentro del marco normativo de la CAN encontramos la Decisión 608, que es un conjunto de normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. Con esta regulación se busca la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores⁶⁰.

No obstante, si nos detenemos en los ámbitos que contempla la precitada decisión, solo abarca al control de conductas. Sus artículos 7 y 8⁶¹ están referidos a las colusiones y al

⁵⁸ Cuatro países miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Cinco países asociados: Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

⁵⁹ Tratado Constitutivo que fija los objetivos de la integración andina, define su sistema institucional y establece mecanismos y políticas que deben ser desarrolladas por los órganos comunitarios

⁶⁰ Decisión 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina Capítulo II – Del Objetivo, Principios y Ámbito de Aplicación.

Artículo 2.- La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

⁶¹ Capítulo III – Sobre las Conductas Restrictivas de la Libre Competencia.

Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
 - b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
 - c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
 - d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
 - e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.
- Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Artículo 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

- a) La fijación de precios predatorios;
- b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;
- e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,
- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

abuso de posición de dominio, pero no se hace referencia alguna al control de estructuras o control de concentraciones empresariales.

Esta situación, desde nuestro punto de vista resulta paradójica, porque la regla general en América Latina es el establecimiento de un control previo y obligatorio a las operaciones de concentraciones empresariales. En esta situación tenemos a Argentina⁶², Barbados⁶³, Brasil⁶⁴, Colombia⁶⁵, Chile⁶⁶, Costa Rica⁶⁷, Ecuador⁶⁸, El Salvador⁶⁹, Honduras⁷⁰, México⁷¹, Nicaragua⁷², Panamá⁷³, Paraguay⁷⁴ Trinidad y Tobago⁷⁵, Uruguay⁷⁶, entre otros.

De lo expuesto anteriormente, se puede advertir que la primera norma de competencia en América Latina se promulga en Argentina, país donde se publicó la Ley sobre Represión del Monopolio, Ley 11.210 del 28 de agosto de 1923.

Por otro lado, el antecedente que data de mayor antigüedad respecto a la regulación de las concentraciones empresariales es la Ley 155 publicada el 14 de diciembre de 1959 en Colombia. En su artículo 4 establecía que las empresas que se dedicaran a la misma actividad productiva, abastecedora, distribuidora o consumidora de un determinado bien o servicio, estaban obligadas a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyectaran llevar a cabo en el marco de las fusiones o concentraciones empresariales, sea cual sea la forma jurídica que adaptasen.

⁶² Capítulo III de la Ley de Defensa de la Competencia, Ley 27442 de mayo de 2018 (antes Ley 25.156 de 1999).

⁶³ Secciones 20, 21 y 22 de la Ley de Competencia Leal 2002-19 (*Fair Competition Act* 2002-19).

⁶⁴ Artículo 88 de la Ley de Defensa de la Competencia del 29 de mayo de 2012 que reemplazó a la Ley 2.529 de 2011.

⁶⁵ Artículo 4 de la Ley 155 de 1959 y los artículos 10 al 13 de la Ley 1340 de 2009, la misma que tuvo como antecedente el Decreto 2153 de 1992, donde se establece la naturaleza y funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁶⁶ Una de las normativas más recientes de la región. El 1 de marzo de 2017, en Chile se aprobó el Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración.

⁶⁷ Artículos 16, 16 bis y 16 ter de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472 de 1994, modificada por la Ley 9072 de 2012, en la que se dispuso el control de concentraciones previo.

⁶⁸ Artículos 14 a 24 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de 2011 y los artículos 11 al 29 del reglamento de dicha norma (Decreto Ejecutivo 1152 de 2012).

⁶⁹ Capítulo IV de la Ley de Competencia (Decreto Legislativo 528 de 2004, reformado mediante Decreto Legislativo 436 del 18 de octubre de 2007) y Capítulo VI del Reglamento de la Ley de Competencia (Decreto 126 de 2006, modificado por el Decreto 63 de 2008).

⁷⁰ Capítulo II del Título IV y Capítulo III del Título VII de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, Decreto 357 del 29 de diciembre 2005 y publicado el 4 de febrero de 2006 en el diario oficial "La Gaceta".

⁷¹ Capítulo VI, artículos 61 a 65 de la Ley Federal de Competencia Económica publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014.

⁷² Capítulo VI de la Ley de Promoción de la Competencia, Ley 601 de 2006 y el Capítulo IV de su reglamento, aprobado mediante Decreto del 25 de junio de 2007.

⁷³ Artículos 18 a 27 de la Ley 29 de 1996, Ley de Competencia promulgada por la Asamblea Nacional de Panamá y vigente desde el año 2007.

⁷⁴ Capítulo IV de la Ley de Defensa de la Competencia, Ley 4956 del 21 de junio de 2013.

⁷⁵ Ley 13 de 2006, Ley de Comercio Leal (*Fair Trading Act*).

⁷⁶ Artículos 7, 8 y 9 de la Ley 18.159 del 30 de julio de 2007.

CAPÍTULO II

¿CUÁNDO ES NECESARIA LA REGULACIÓN ECONÓMICA? ¿SON LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL UNA JUSTIFICACIÓN PARA REGULAR EL MERCADO?

Si partimos de la premisa que toda regulación es la intervención del Estado en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos en el mercado, podríamos decir que la regulación de las operaciones de concentración empresarial vendría a ser una de las políticas públicas con más injerencia en la economía.

Así pues, consideramos relevante tener un marco teórico sólido respecto a la necesidad de la regulación, su pertinencia, y dentro de este esquema, determinar si el control de operaciones de concentración empresarial podría calificar como una causa razonable que se enmarcaría en los supuestos en donde se hace indispensable la intervención del Estado.

2.1 Regulación *ex ante* frente a la economía de mercado. El control de operaciones de concentración empresarial como una política de regulación del Derecho de la Competencia

El desarrollo a nivel de país, así como, la evolución de la política económica de los procesos de modernización de los estados, sobre todo a nivel de América Latina y el Caribe, han empujado a los gobiernos a realizar ajustes estructurales en su organización.

Cada vez más, un mayor número de países se encuentran abocados a adoptar, readecuar o repotenciar sus ordenamientos jurídicos a fin de orientarlos a objetivos tales como proteger la libertad de actuación de agentes económicos privados (empresarios y consumidores), garantizar la permanencia del sistema económico basado en una economía de libre mercado (que consagran casi la totalidad de las Constituciones de la región), así como, la promoción de la competencia y la defensa de la soberanía del consumidor (Diez Canseco, 1997).

En el caso del Perú, las reformas macroeconómicas de los años noventa y el impulso de los programas sociales a partir del año 2000 generaron mejoras significativas en el crecimiento

económico, el bienestar social y la reducción de la brecha de la pobreza. En esa línea, los constantes cambios normativos y regulatorios han apuntado a coadyuvar con la consolidación del modelo político económico, una economía de mercado bajo un rol subsidiario del Estado.

Como vimos al inicio de la presente investigación, dentro de una economía de mercado las políticas de libre competencia y regulación económica se convierten en variables fundamentales para una eficiente asignación de recursos, a fin de lograr el bienestar social de los ciudadanos.

Por otra parte, la regulación económica y la defensa de la libre competencia son conceptos provenientes de la experiencia anglosajona que denotan el poder público del Estado. Es así que se distinguen entre lo que se viene a denominar el *economics of regulations* y el *economics of antitrust*.

Esta aparente dicotomía se origina en el principio del *laissez faire* recogido en los trabajos de François Quesnay y el Marqués de Mirabeau en el *Tableau Economique* hacia el siglo XVIII y complementado por Adam Smith con la mundialmente conocida “mano invisible del mercado”, donde se fundamenta que la competencia del mercado actúa como una fuerza que disciplina a las empresas y hace que estas contribuyan a la maximización del bienestar social, produciéndose las cantidades correctas de los bienes y servicios que los consumidores necesitan, al menor costo posible, sin necesidad de que alguien esté controlando las decisiones de producción y consumo⁷⁷.

Al respecto, cualquier forma de regulación que implique una intervención del Estado en las decisiones de las empresas (precios, volúmenes de venta, técnicas de producción, etc.) estaría constituyendo una violación al principio de la “mano invisible del mercado”, que solo se justificaría cuando se busca el bienestar social y se cumplen dos condiciones: (i) la ausencia de competencia que limita los incentivos de las empresas para ser más eficiente y

⁷⁷ Hacia el año 1776, Adam Smith afirmó en su libro *La riqueza de las naciones* que la competencia inducía a los individuos en su búsqueda de sus propios intereses privados, a fomentar el interés público como si fueran conducidos por una “mano invisible”: “(...) lo único que busca es su propia ganancia, y en éste, como en muchos otros casos, una mano invisible le lleva a promover un fin que no estaba en sus intenciones. Y ello no es necesariamente malo para la sociedad. Al buscar su propio interés a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiera promoverlo”. Ver: SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Nueva York, Modern Library. 1937. Publicado originalmente en 1776 (versión castellana en Fondo de Cultura Económica, México. 1958).

(ii) la ausencia de instituciones que permitan la existencia de mercados organizados. Es decir, mercados donde los productores tengan pleno derecho a utilizar y usufructuar los recursos que son de su propiedad, así como, los contratos que consideren más convenientes para sus intereses (Fernández-Baca, 2004)⁷⁸.

A través de la competencia, los agentes económicos pugnan entre sí —compiten— para abastecer los mercados de productos y brindar los servicios que estos proveen, ofreciendo las mejores condiciones posibles a fin de ganar más consumidores y con ello incrementar sus ingresos. En ese camino, realizan inversiones en investigación, desarrollan nuevos y mejores bienes que ofrecer, implementan ofertas, promocionan las bondades de sus productos y servicios, etc. En resumen, se genera una adecuada relación calidad-precio entre lo ofertado y lo demandado.

Asimismo, las políticas de defensa de la competencia se caracterizan por tener una intervención *ex post*. Es decir, se permite que los agentes económicos se desarrollen libremente en el mercado y la autoridad simplemente adopte un rol expectante ante cualquier infracción que se pueda cometer en desmedro del normal desenvolvimiento de este. La Administración actúa como un supervisor en mercados contestables donde los agentes económicos compiten entre sí.

Por otro lado, la regulación económica se refiere a la intervención del Estado en el mercado *ex ante*. Además, implica una actuación del poder público para estimular —o simular en algunos casos— la competencia, puesto que esta no existe o es incipiente y no permite garantizar el correcto desarrollo de un mercado.

En concordancia con ello, la regulación económica aparece cuando estas políticas de competencia no son suficientes para garantizar el bienestar social, por tanto, se invierte la oportunidad de la intervención del Estado y ya no estamos frente a una actuación *ex post*, sino ante una actuación *ex ante*.

En el Perú, dentro de las políticas de competencia se tiene el control de las operaciones de concentración empresarial como actuación *ex ante*. Sin embargo, esta regulación, hasta hace

⁷⁸ Para mayor información, revisar North, Douglas (1981). *Structure and Change in Economic History*. Nueva York: W.W. Norton & Company, Inc. y North, Douglas y Thomas, Robert Paul (1973). *The Rise of the Western World: A New Economic History*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press.

muy poco, únicamente se encontraba establecida e implementada en el sector eléctrico, como lo desarrollamos en el capítulo anterior⁷⁹.

La finalidad esencial de la regulación es mantener la actividad en marcha dentro de un equilibrio preestablecido y de unos parámetros fijados. Como señala Ariño Ortiz (2006), el regulador social funciona igual que un regulador físico, como el de una caldera de vapor: maneja fuerzas importantes impidiendo que sobrepasen determinados umbrales críticos (temperatura, presión, velocidad, en el caso de los reguladores físicos) para que no se ponga en peligro la estabilidad del sistema y pueda funcionar eficientemente. Como podemos advertir, esta búsqueda y mantenimiento constante de equilibrio es típico de la regulación.

En ese mismo sentido, se puede señalar que la regulación económica viene determinada como una intervención del Estado en sectores de la actividad económica en los que no se presentan condiciones de competencia efectiva o donde no se generan condiciones que permitan el desarrollo de la misma (Tirado, 2002).

Así pues, la regulación económica toma decisiones sobre variables económicas esenciales como precios, tarifas, inversiones, expansión, entre otras. Como observamos, estas decisiones repercuten directamente en el núcleo de la actividad empresarial. Ante ello, Miguel Ángel Fernández Ordoñez (1993) sostiene que se trata de un conjunto de medidas contra la competencia porque son disposiciones que no son tomadas por los operadores económicos.

Por tanto, podemos ir concluyendo preliminarmente que las políticas de competencia se aplican a mercados dinámicos donde el Estado realizará una supervisión *ex post* sobre las actuaciones de los agentes económicos. Solo subsidiariamente, el Estado regulará cuando considere que el proceso competitivo sea deficiente e incipiente, o simplemente no tenga posibilidades de existir.

Podríamos decir también que el control de conductas se encuentra relacionado con los procesos competitivos y una intervención *ex post*, mientras que el control de estructuras está enfocado en una intervención *ex ante* por considerarse que la competencia resulta incipiente

⁷⁹ Existen organismos reguladores para determinados mercados (energía, electricidad, saneamiento y alcantarillado, telecomunicaciones, etc.). Sin embargo, dentro de lo que se conoce como políticas de competencia aparece el control de estructuras. En el Perú, solo es aplicable por el Indecopi al sector eléctrico.

o inexistente en determinado mercado. En ambos casos, el factor común es la preocupación del Estado por preservar escenarios competitivos.

Por tal motivo, mucho se argumenta que debe existir un control de estructuras a fin de salvaguardar el proceso competitivo en determinados mercados en beneficio de los consumidores y su bienestar social. Resulta importante destacar que la regulación económica se aplica como un mecanismo para equilibrar determinadas fuerzas en el mercado. Así, observamos que en la aplicación de este, no siempre encontramos una justificación en términos de bienestar social propiamente dicho, pero se justifica la regulación económica ante la existencia de fallos de mercado, pasando el bienestar social a ser una consecuencia de resolver el fallo.

Podemos decir que la regulación responde a una naturaleza más económica y se tiene que analizar en cada mercado en particular. Se involucran en este análisis las políticas públicas, un orden social y, finalmente, una voluntad del Gobierno. En definitiva, dependerá de la política económica que cada Estado desee adoptar y para las industrias que considere pertinentes.

Vemos a la regulación económica, por tanto, como una limitación impuesta por el Estado para restringir y reorientar la capacidad de actuación de los agentes económicos en beneficio de un proceso competitivo. Asimismo, el establecimiento de un control sobre las operaciones de concentración empresarial es una manifestación de ese *ius imperium* que ejerce el Estado sobre las empresas para evitar que se acumule el poder económico en pocas manos. No obstante, deberíamos preguntarnos si verdaderamente existe una justificación económica para la intervención del gobierno en mercados donde no existe la certeza de que el proceso competitivo podría afectarse, si esto repercutiría negativamente en los consumidores o si finalmente solo obedece a una política pública.

Cabe añadir que la teoría económica tiende a identificar dos razones principales por las que las empresas deciden fusionarse. El primero es consolidarse con un mayor poder de mercado conjunto que genere la oportunidad de incrementar sus precios. El segundo, el mejoramiento de eficiencia productiva del grupo de empresas concentradas, lo que traería la posibilidad de reducir costos. En muchas ocasiones, ambos efectos confluyen al mismo tiempo, y las operaciones de concentración de concentración empresarial producen

simultáneamente incrementos en el excedente total de los agentes económicos originados en una mayor eficiencia productiva y reducciones en dicho excedente originados en la aparición de comportamientos competitivos (Coloma, 2001).

En conclusión, podemos advertir de lo antes señalado que la intervención del Estado está ligada a la presencia de situaciones que impiden un correcto funcionamiento del proceso competitivo. Sin embargo, tanto el desarrollo del mercado como las políticas públicas impulsadas por la Administración⁸⁰, deben ir de la mano. Como señalaba Tirole (2017), la intervención del Estado se presenta a partir de la presencia de fallas de mercado, sin embargo, también se pueden dar las fallas a nivel de Estado, las cuales se denominan “fallas regulatorias”. En ese sentido, afirma que tanto el mercado como el Estado dependen el uno del otro. De esta forma, el correcto funcionamiento del mercado está directamente vinculado al buen funcionamiento del Estado, y que no solo las fallas de mercado ocasionan problemas, sino también las fallas regulatorias⁸¹.

2.2 ¿Cuándo hace falta la regulación? Las justificaciones de una intervención

Como hemos venido desarrollando, dentro del marco de una economía de mercado y las políticas de libre competencia, la regulación económica juega un papel subsidiario al desenvolvimiento del mercado.

Se dice que existen solo ciertas justificaciones o escenarios en donde la intervención del Estado sería eficiente, sin embargo, todas estas confluyen en un mismo objetivo: simular escenarios competitivos ahí donde el mercado por sí solo no puede generar el bienestar social.

Las razones que ameritan una intervención del Estado a través de la regulación son las conocidas como “fallas del mercado”. Así pues, en teoría solo sería razonable justificar su intervención en el mercado mediante distintas medidas cuando aparecen estos fallos y

⁸⁰ Debemos precisar que regulación económica no es sinónimo de medidas de administración, aunque a veces se puedan confundir éstas.

⁸¹ Habría que ser claros que el modelo expuesto parte por un dimensionamiento teórico de la realidad y una sobre simplificación de ésta. En la práctica, todos los mercados funcionan con ciertas restricciones a la competencia.

siempre procurando que dicha intervención sea la mejor alternativa, es decir, la que genere menos costos de transacción (como lo veremos más adelante).

En tal escenario podrán sostenerse políticas tributarias, controles de precios, imposición de estándares mínimos de calidad y cobertura, cumplimiento de contratos, acceso a las llamadas facilidades esenciales, obligatoriedad de brindar un mínimo de información, entre otras.

Entre las principales fallas del mercado en las que se basa la intervención estatal encontramos las siguientes:

a) Las externalidades

Las externalidades se originan cuando un agente económico, sin internalizar las consecuencias y costos de sus actos, toma decisiones que influyen positiva o negativamente en el bienestar de otros agentes. En ese sentido, podríamos decir que se presenta una externalidad (positiva o negativa) cuando una actividad de consumo o de producción genera un efecto indirecto en otra actividad de consumo o producción que no se refleja directamente en los precios de mercado⁸².

Las externalidades vienen dadas por las acciones que producen los efectos en las personas o en otras empresas, por los que estas últimas no asumen costos ni son retribuidas. El ejemplo clásico respecto a las externalidades negativas es la contaminación ambiental como producto de la explotación minera. Así pues, a partir de una actividad extractiva se generan residuos industriales que provocan la contaminación del aire, suelo y los recursos hídricos (ríos, océanos, lagos). Sin embargo, sin intervención estatal⁸³, el agente económico no tendría los incentivos para internalizar los costos de prevención ni remediación ambiental.

⁸² Para complementar este concepto, se puede revisar: Brownstein, Barry P. (1980). Pareto Optimality, External Benefits and Public Goods: A Subjectivist Approach. The Journal of Libertarian Studies. Volumen IV. N° 1, Buchanan, James. (1969). Cost and Choice. Chicago: Markaham Press.

⁸³ En el caso del Perú, la institución competente es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.

Respecto a las externalidades positivas, estas repercuten directamente en terceros de manera beneficiosa. En tal contexto, también aparece el concepto de *freerider*⁸⁴, es decir, aquel agente económico que se beneficia sin haber contribuido ya sea económicamente o de otras formas a que se concrete la acción.

Un ejemplo de externalidad positiva sería una campaña de vacunación. Esta acción no solo beneficia a la persona que se vacuna, sino que al prevenir enfermedades evita que más personas acudan y, por ende, congestionen los hospitales, beneficiando así al sistema de salud en general.

Un *freerider* podría estar dado por aquel vecino que no contribuye con el pago para al personal de seguridad de la cuadra, pero que se beneficiará con los servicios del guardia de turno sin haber asumido el costo.

Finalmente, para la intervención del Estado en la regulación de externalidades se dice que una herramienta importante a utilizar es el teorema de Coase. Es decir, se hace irrelevante la intervención del Estado cuando los costos de transacción son cero o cercanos a cero. No obstante, se justifica la intervención cuando resulta costoso que los agentes económicos lleguen a una solución eficiente por sí solos (Coase, 1960).

b) Bienes públicos

Se dice que un bien público en términos económicos es aquel que produce efectos sobre quienes no han participado en la transacción, es decir, aquellos que generan efectos para terceros y no son susceptibles de internalizarse. En otros términos, aquellos bienes que se producen para todos o no se producen, puesto que no se puede excluir a otros (Benegas-Lynch, 1998).

Por ejemplo, un bien público serían los fuegos artificiales contratados para celebrar el aniversario de un distrito. Este sería el supuesto en el que se pretenda incluir en las celebraciones municipales un espectáculo de pirotecnia. Las personas que han colaborado (a través de sus impuestos) con recursos económicos para la organización podrán gozar

⁸⁴ En España se le conoce como el “problema del polizón”.

con el espectáculo. Sin embargo, aquellos que no pagan impuestos o pertenecen a otro distrito, también se beneficiarán con la vistosidad de los fuegos artificiales, puesto que sería imposible poder excluirlos.

Como primera característica del bien público podríamos decir que por su naturaleza es insostenible excluir a todos o, en todo caso, resultaría muy oneroso. A su vez, el bien público tiene una segunda característica. El consumo del mismo, no le resta valor, no lo agota en sí mismo. No cuesta nada que otras personas disfruten de sus ventajas. En ese sentido, siguiendo nuestro ejemplo, que más personas aprecien los fuegos artificiales no afectaría la dimensión ni luminosidad del mismo. Esto responde a la misma lógica de la naturaleza de una película u obra literaria: que más personas accedan a estas y se cumplen las dos características de bien público: (i) consumo no rival y (ii) de difícil o imposible exclusión⁸⁵.

La intervención del Estado estaría dada con relación a los incentivos. Si no se cobra por un bien público de características no rival y de difícil exclusión, no se generará ningún incentivo para suministrarlo o producirlo.

c) Asimetría de información

La asimetría informativa está dada cuando uno de los agentes económicos involucrado en una relación económica tiene mayor información que otro sobre la calidad del bien o servicio, y utiliza esa ventaja para sacar provecho de la situación. En este tipo de casos, la diferencia de información existente entre un agente económico y otro podría llevar a situaciones de desventaja, que alterarían el correcto funcionamiento del mercado⁸⁶.

En estos casos, se pueden identificar dos tipos de problemas. El primero, comúnmente denominado como riesgo moral o “moral de hazard” en donde se alude a la posibilidad de que el agente económico más informado tenga el incentivo de actuar en su propio

⁸⁵ Sería conveniente la revisión de la llamada “Tragedia de los Comunes”. En: Buchanan, James y Yoon, Yong (2000). *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*; Journal of Law and Economics. Volumen 43. pp. 1 - 15.

⁸⁶ Para mayor información, se puede revisar: Akerlof, George. *The market for 'lemons': Quality uncertainty and the market mechanism*, The Quarterly Journal of Economics 84, 3, 1970. pp. 488-500.

beneficio, luego de concretado el acuerdo para sacar provecho de la menor información de la otra parte.

El segundo problema es conocido como selección adversa o *adverse selection* y se refiere a la situación en la que uno de los agentes oculta información o posee información privada que planea utilizar en su beneficio. En ambos casos, el equilibrio de mercado suele generar una cantidad menor de este tipo de bienes, respecto al que maximiza el bienestar de la sociedad (Dammert, García y Molinelli, 2010).

La asimetría informativa, como falla de mercado, podría ser atendida por el Estado mediante mecanismos que incentiven y obliguen a publicar la información o facilitarla al consumidor. Por ejemplo, la regulación que revisa y aprueba la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP a las entidades financieras, a fin de proteger a los clientes del sistema, la normativa de protección al consumidor que regula la obligación de los proveedores de los servicios o venta de bienes a informar al usuario respecto de las condiciones esenciales de los productos, etc.

d) Monopolio natural

Se puede señalar que se constituye un monopolio natural en un mercado cuando la producción de un solo agente económico es la forma más eficiente de organizar una industria (Posner, 1998). En ese sentido, se puede afirmar que nos encontramos ante un monopolio natural cuando resulta más barato que la producción de uno o más bienes estén a cargo de una sola empresa.

En general, la condición para que exista un monopolio natural es que la producción esté asociada a la existencia de “subaditividad” en la función de costos, es decir, que sea conveniente económicamente que la producción de cualquier cantidad de estos bienes se realice en una sola planta que en dos o más (Gallardo, 1999).

Por lo tanto, se justifica la intervención del Estado en estos casos toda vez que el proceso competitivo, por la naturaleza de los servicios que se prestan o la infraestructura ligados a ellos, hace imposible que surja la competencia.

Generalmente, los monopolios naturales están vinculados a servicios públicos de infraestructura compleja: redes de electricidad, saneamiento y alcantarillado, carreteras, puertos, ductos de gas, etc.⁸⁷ Por ejemplo, en el saneamiento y alcantarillado, el principal costo del suministro de agua y desagüe es la red de tuberías. Una vez que estas se han instalado, los costos adicionales de suministrar el agua y desagüe a un usuario adicional son relativamente bajos. A todas luces, resultaría ineficiente instalar dos redes de tuberías, una al lado de la otra, para suministrar el servicio a dos viviendas contiguas.

Con el objetivo de regular las condiciones de la prestación de servicios en los llamados monopolios naturales, el Estado interviene con la creación de los organismos reguladores. Es decir, aquellas instituciones que regulan *ex ante* la actividad por considerar que la competencia resulta incipiente o nula.

e) Poder de mercado

El poder de mercado tiene que ver con una ineficiente asignación de recursos en la sociedad cuando el productor u oferente del bien o servicio goza de determinada posición que le permite extraer el máximo del excedente del consumidor reduciendo muchas veces la calidad.

Económicamente, se puede señalar que el poder de mercado está dado por la divergencia que existe entre el precio de un bien o servicio y el costo marginal de producirlo (Tirole, 1990). De acuerdo con esto, se presenta un escenario donde los agentes económicos tienen la posibilidad de influir en los precios, calidad y cantidad de los productos, dado que existe un número reducido de empresas que compiten en el mercado. Esto es lo que origina un elevado nivel de concentración industrial.

Esta situación de concentración tiene que lograr mantenerse por un período significativo sin inducir la entrada de nuevos competidores. Así pues, también se puede hablar de

⁸⁷ Es pertinente mencionar que hay una corriente en la doctrina que afirma que la existencia de los monopolios naturales es una falacia económica para proteger los intereses de grandes compañías. Al respecto se pueden revisar los trabajos de Dilorenzo, Thomas J. *The Myth of Natural Monopoly*. En: *The Review of Austrian Economics* 9, 2. pp. 43-58., Haro Seijas, José Juan. “Contra los excesos de la regulación económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas”. *Themis, Revista de Derecho*, N° 50. Lima. pp. 151-167.

barreras de entrada altas al mercado⁸⁸. Como consecuencia de lo antes descrito, se producirá una cantidad de bienes menor respecto a lo que debería producirse para maximizar el bienestar social. Como resultado, se presentarán precios por encima de los esperados en competencia perfecta.

Asimismo, se dice que a mayor poder de mercado de una empresa o grupos de empresas, más difícil resultará la actividad de regulación, aunque mayores sean las economías de escala que pudiera haber. Por ejemplo, una de las principales dificultades que se ha encontrado en la experiencia internacional es la del sector eléctrico dado que este ha sido un sector altamente concentrado en donde el poder de mercado ha sido un gran obstáculo para la entrada de nuevos competidores al mercado (Lasheras, 1999).

Para que los mercados se comporten de manera eficiente debe haber competencia, es decir, ha de existir un número suficientemente grande de empresas que de manera individual no puedan influir en los precios. Este escenario traería como consecuencia el deseado bienestar social que en términos de eficiencia de Pareto nos diría que no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra. Así pues, se lograría la eficiencia en el intercambio, en la producción y en la combinación de productos (Stiglitz, 2000).

Así pues, de la revisión de las justificaciones de la intervención del Estado por la presencia de una falla de mercado, observamos que el poder de mercado sería donde mejor calzaría un control en las operaciones de concentración empresarial. Al respecto, la regulación buscaría evitar, a través del control de las operaciones de concentración empresarial, que determinadas acciones comerciales de los agentes económicos se centralice en pocas manos.

No obstante, debemos evaluar si esta resulta la mejor alternativa. Creemos que, aunque la presencia de una falla en el mercado podría justificar la intervención del Estado, esto no significa que sea la única alternativa posible. Consideramos que la presencia de una falla de mercado no es una condición determinante para la regulación y, por ello, siempre debemos

⁸⁸ Dentro de las barreras de entrada al mercado podemos identificar las barreras legales, barreras económicas (inversión en economías de escala y economías de red), barreras tecnológicas (I+D), barreras estratégicas, barreras naturales, entre las principales.

evaluar alternativas menos intrusivas y costosas en términos de recursos que deben invertirse.

Por lo tanto, vemos que resulta bastante delicado establecer un control en las operaciones de concentración empresarial con la sola justificación de aglomeración de poder económico. Al igual que en las fallas de mercado podrían existir otras alternativas menos intrusivas y más fáciles de implementar.

A partir de lo expuesto previamente, podemos afirmar que la regulación cuesta. No es fácil ni poco oneroso poner en marcha todo el aparato estatal para intervenir en el funcionamiento del mercado. Por lo tanto, dicha intervención debe estar plenamente justificada por un lado, y por el otro, debemos estar seguros que la regulación es la opción más eficiente para garantizar el proceso competitivo.

2.3 El control de operaciones de concentración empresarial como una política pública de aplicación *ex ante*

Respecto a los escenarios económicos que pueden presentarse de acuerdo al nivel de concentración y competencia, podemos tener mercados de distinta naturaleza y conformación. Así pues, figuran los mercados monopólicos⁸⁹, oligopólicos⁹⁰, monopsónicos⁹¹, oligopsónicos⁹², mercados altamente competitivos⁹³, mercados de competencia monopolística⁹⁴, etc. (Mankiw, 2002).

⁸⁹ Mercado donde existe un solo proveedor del bien o servicio. Encontramos altas barreras de entrada y salida. Se genera una pérdida de eficiencia social. La información es de naturaleza imperfecta. No hay sustitutos. Se puede presentar riesgos de abusos de posición de dominio.

⁹⁰ Mercado donde un número reducido de proveedores o productores controlan la oferta. Podemos estar frente a bienes homogéneos (farmacias) o bienes diferenciados (planes tarifarios telefonía móvil, software para ordenadores: Microsoft y Apple). Se presentan altas barreras de entrada y salida. Siempre está presente el riesgo de prácticas anticompetitivas: colusiones horizontales.

⁹¹ Mercado donde se presenta un solo comprador y hay varios productores o proveedores del servicio. No suelen haber barreras de entrada o salida que sean significativas. Generalmente se trata de un producto único, como por ejemplo, el armamento del Ejército o los uniformes de los policías. Se genera un poder para regular el precio de compra por el bien o servicio.

⁹² Mercado donde se presentan pocos compradores y muchos productores del bien o proveedores del servicio. No suelen haber barreras de entrada o salida significativas. Se trata de un producto único. Se genera poder para regular el precio del bien o servicio. Por ejemplo, existen varias compañías productoras de tecnologías para la fabricación e instalación de las pantallas de los cines. Sin embargo, en el Perú, solo hay cuatro cadenas de cines a quienes venderles.

⁹³ Mercado donde las empresas proveedoras de servicios o productora de bienes son precios aceptantes dada la cantidad de compradores y vendedores. Existe mucha información disponible en el mercado (no existe

Dependiendo de las características del mercado y de la naturaleza de los bienes o servicios que este involucra, cada Estado deberá tomar una decisión respecto a la política económica que debe aplicar. Así, puede optar por un modelo de regulación económica (intervención *ex ante*) o inclinarse por la aplicación de políticas de competencia (intervención *ex post*).

De igual manera, el Estado tendrá que elegir si interviene a manera de supervisor del proceso competitivo o considera que lo más eficiente es establecer las reglas a los agentes económicos antes de que se instaure el proceso competitivo. Además, debe evaluar qué es lo que más convendrá al dinamismo del mercado. Al respecto, sabemos que si el Estado opta por una política económica equivocada, la competencia, y, por lo tanto, el bienestar de los consumidores, se verá gravemente afectado.

Este dilema que parecería actual, se ha presentado desde los inicios del Derecho de la Competencia. A manera de ejemplo, cuando aparecía un monopolio en los E. E. U. U., sobre todo ligado a facilidades esenciales⁹⁵, ya se intervenía para que se trate de manera equitativa a las empresas competitivas que operaban en mercados adyacentes, con respecto a las condiciones ofrecidas por la empresa monopolista.

Asimismo, el derecho consuetudinario angloestadounidense se pronunciaba sobre los mismos contratos (cláusulas de no competencia entre compradores y vendedores de

asimetría de información o es muy reducida). Las barreras de entrada o salida son muy bajas o inexistentes. Se tratan de bienes homogéneos. Asimismo, no suelen presentarse externalidades.

⁹⁴ Mercado donde hay muchos vendedores que compiten por el mismo segmento o grupo de clientes. Existen sustitutos cercanos. Hay pequeñas diferencias entre los precios, condiciones, calidades, etc. Las barreras de entrada y salida suelen ser bajas. Como un ejemplo de este tipo de mercados tenemos a las administradoras de fondos de pensiones (AFP).

⁹⁵ Las facilidades esenciales son elementos o servicios que son proveídos exclusivamente o predominantemente por un monopolista, un agente económico que ostenta posición de dominio o un número muy reducido de oferentes, que no pueden ser replicados o sustituidos por razones técnicas o económicas. Así pues, sin acceso a estos elementos, no se podría competir en el mercado. Generalmente, las facilidades esenciales están presentes en infraestructura de redes. Para mayor información en el tema, se puede revisar el Dictamen del 23 de febrero de 2004, en el marco del procedimiento seguido por la Compañía Cervecería Ambev Perú S. A. C. contra la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S. A. A. y otros por abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de brindar acceso a un sistema de intercambiabilidad de envases (SIE) y la celebración de contratos de venta exclusiva. En este caso, la Comisión ha resuelto denegar las pretensiones cautelares planteadas por Ambev destinadas a permitir la conservación del SIE (Expediente 001-2004/CLC), Lipsky, Abbott B., Jr. y Sidak, J. Gregory. *Essential Facilities*. En: *Stanford Law Review*. Volumen 51 (1999). pp. 1187- 1249., Kressalja Rosselló, Baldo y Quintana Sánchez, Eduardo. La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú. *Ins et Veritas*, N° 31 (2005). pp. 59-89.

negocios) que podían limitar el comercio en ciertas ocasiones hacia el año 1711, como en el caso de *Mitchel vs. Reynolds* (Justia, 2013). Es decir, se realizaba una intervención *ex post*.

No obstante, también encontramos evidencia de que intervenía *ex ante*, como en el caso *Northern Securities*, cuando en 1904, la Corte Suprema de los EE. UU. sostuvo la decisión de bloquear la fusión entre los ferrocarriles *Northern Pacific* y la *Great Northern Railways* (Epstein, 2003).

Así pues, como primer paso, debemos determinar la oportunidad de intervención del Estado y tomar conciencia de evaluar las reglas *ex post* vs. *ex ante* para los sectores involucrados pensando que regular es oneroso y que debería ser la última ratio. De lo contrario, estaríamos tentados a la sobrerregulación con los costos y perjuicios que esta implica.

En segundo término, debemos establecer claramente las competencias. Esto no solo traerá seguridad jurídica al mercado, sino que de la asignación de funciones específicas a un organismo regulador o a una agencia de competencia (como lo veremos a continuación) nos evitaremos problemas a futuro.

En España, por ejemplo, hacia el año 2007, la Comisión Nacional de la Competencia inició un procedimiento administrativo sancionador contra las tres mayores operadoras de telefonía móvil del país: *Movistar*, *Vodafone* y *Orange* por una presunta concertación de precios en las tarifas de telefonía móvil. Así pues, al igual que la Comisión Europea había sancionado por abuso de posición de dominio a *Telefónica* con 151 millones de euros en julio de 2007, la concertación de precios en tarifas (colusión horizontal) también ameritaba una intervención *ex post* del organismo competente: la Comisión Nacional de la Competencia de España.

De lo descrito en el párrafo anterior, no pareciera advertirse ningún problema, por el contrario, se denota una correcta intervención de las autoridades de competencia. Efectivamente, esto hubiera sido así si es que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de España, organismo regulador en el mercado de las telecomunicaciones, no hubiera aprobado los planes de tarifas de las empresas involucradas en los procedimientos sancionadores.

En este caso, tenemos a tres empresas con procesos administrativos sancionadores por implementar tarifas que previamente fueron aprobadas por un organismo regulador. Esta dualidad de criterios, lejos de dinamizar el mercado lo perjudica, pues confunden a los agentes económicos que compiten en el mercado.

En el caso peruano, en diciembre de 1999, Telecable S. A. denunció a las empresas Telefónica del Perú S. A. A., Telefónica Multimedia S. A. C., Fox Latin American 2 Channel Inc. y Turner Broadcasting System Latin America Inc. por el desarrollo de prácticas anticompetitivas consistentes en el establecimiento de acuerdos de distribución exclusiva de señales.

En primera instancia, la Comisión de Libre Competencia del Indecopi⁹⁶ se inhibió de conocer la denuncia, sustentando la existencia de una excepción legal a la aplicación de la norma de competencia vigente en esa época (Decreto Legislativo N° 701) en el ámbito de las telecomunicaciones. Al respecto, señaló que le correspondía evaluar el caso al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel). En tal sentido, fue remitida la denuncia a dicha entidad.

Posteriormente, Telecable apeló la resolución, reiterando que las prácticas denunciadas se referían a derechos de propiedad intelectual totalmente ajenos al ámbito de las telecomunicaciones, por lo que el organismo competente no era el Osiptel sino el Indecopi.

Ante ello, la Sala de Defensa de la Competencia determinó que Fox y Turner no eran empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, por lo que la Comisión de Libre Competencia debía tramitar la denuncia solo en el extremo referido a dichas empresas, dejando de lado al resto de empresas denunciadas a Osiptel⁹⁷.

Por su parte, de acuerdo con lo establecido por el artículo 2 del Reglamento General de Osiptel para la solución de controversias entre empresas, aprobado mediante Resolución 010-2002-CD, se determinó que debido a que en la denuncia participan agentes económicos en calidad de denunciados que prestan servicios públicos de telecomunicaciones (Telefónica y Telefónica Multimedia), se considera que solo este

⁹⁶ Ver: Resolución N° 013-99-Indecopi/CLC.

⁹⁷ Ver: Resolución N° 0355-2000/TDC-Indecopi.

organismo es la autoridad competente para pronunciarse sobre la denuncia interpuesta por Tele Cable (Chumbe, 2011).

Así pues, vemos también problemas y confusiones en la asignación de funciones y competencias para aplicar las normas. Por lo tanto, creemos que no solo debemos tener clara la distinción en la intervención *ex ante* y *ex post* del Estado, sino que es fundamental tener las competencias delimitadas claramente, a fin de no perjudicar el proceso competitivo.

Por último, las operaciones de control de concentraciones empresariales, como una intervención *ex ante*, deben tener un organismo con las competencias suficientemente claras y definidas para que su intervención no tenga problemas competenciales, así como, garantizar la seguridad jurídica, transparencia y celeridad de los procedimientos administrativos a su cargo. Esta medida, como lo veremos más adelante, no solo beneficia al mismo procedimiento administrativo de autorización, sino que coadyuva con la seguridad jurídica y estabilidad del sistema.

2.4 Organismos reguladores y agencias de competencia

Las normas que establecen el marco jurídico de la regulación económica suelen contener los parámetros con los cuales se tomarán las decisiones regulatorias: tarifas sujetas a aprobación, medición de calidad de servicio, control de la expansión de infraestructura y obligatoriedad de facilitar información, entre otros.

De acuerdo con ello, la regulación económica busca establecer mediante la entidad competente, un equilibrio entre el excedente del consumidor y el beneficio de las empresas, que muchas veces en calidad de monopolistas prestan el servicio.

En ese sentido, incrementar las tarifas o subir los precios, reducir la calidad o restringir la expansión, entre otros, significa una mayor renta para las empresas y un menor excedente para los consumidores. Por el contrario, una reducción de las tarifas o precios, un aumento de la calidad o expansión, significa un incremento en el excedente del consumidor y una disminución en las rentas de las empresas.

Por ello, el rol de los organismos reguladores es promover la competencia con medidas que no afecten ni a los consumidores ni a las empresas. Para lograr este propósito, deben proponer medidas (regulaciones) a fin de reestablecer y preservar el equilibrio competitivo en pugna del bienestar social.

Así pues, esta no resulta una tarea fácil. Por ejemplo, “una política regulatoria que trate de incentivar la expansión de un servicio público a través de la reducción de tarifas, lejos de incrementar el bienestar social, lo podría reducir, toda vez que, ante una función de demanda decreciente con el nivel de precios, los mayores beneficios del monopolio por una elevación de precios resultan siempre inferiores a la correspondiente pérdida en el excedente del consumidor” (Myers, 1972). En la práctica, estas pérdidas de bienestar significan que un sol de reducción en el excedente de los consumidores como consecuencia de una reducción de las tarifas, provocaría un aumento en los beneficios de las empresas reguladas de menos de un sol. Es decir, el efecto total sería una disminución en el bienestar social, que como hemos señalado anteriormente, es el objetivo de la regulación.

A su vez, una entidad que tenga como tarea la supervisión de los mercados, el coadyuvar con la protección del proceso competitivo, vigilar que el desenvolvimiento dinámico del mercado no se altere artificialmente, busca al igual que la regulación económica, el bienestar social. Sin embargo, no debe tener como preocupación mantener el equilibrio entre las empresas y los consumidores, pues no cumple con la tarea de un ente rector de controles y parámetros de desenvolvimiento comercial. Simplemente, realiza acciones de vigilancia, monitoreo y sanción⁹⁸.

⁹⁸ En algunos casos podrían optar por realizar recomendaciones *ex ante* a través de las abogacías de la competencia, no obstante, estas obedecen más a un rol preventivo que regulatorio. Es decir, se pueden formular recomendaciones para la remoción de obstáculos que limitan el desarrollo de mercados competitivos. No obstante, estas recomendaciones no son vinculantes. Se pueden revisar: las sesiones del 12 de diciembre de 2014 en donde la CLC aprobó las abogacías de la competencia en el mercado de servicios notariales en el Perú y el mercado de servicio de examen práctico de manejo en la Región Lima y la del 16 de diciembre de 2016 en donde se aprobó la abogacía de la competencia para el mercado de servicio de transporte turístico de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu con relación a la vigencia del contrato de concesión celebrado con Consettur. Asimismo, la abogacía de la competencia formulada mediante Resolución 013-2015/ST-CLC-Indecopi del 17 de junio de 2015, relacionada con la Licitación Pública 001-2012-MML-IMPL, licitación de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en los paquetes de rutas de los Corredores Complementarios pertenecientes al Sistema Integrado de Transporte de Lima.

Tomando en cuenta lo anterior, realizaremos un análisis respecto a la oportunidad de intervención de ambas clases de entidades a fin de tratar de entender el rol y facultades que desempeñan estos organismos, con respecto a la aplicación de una regulación del control de las operaciones de concentración empresarial.

Comenzamos diciendo que los organismos reguladores como las agencias de competencia persiguen el mismo objetivo: el bienestar social a través de salvaguardar el proceso competitivo. No obstante, responden a problemas distintos originados por la naturaleza de los mercados en los que ejecutan sus acciones.

Cuando encontramos razones justificadas y comprobadas que nos llevan a la convicción de que el fenómeno competitivo no se va a producir o este resulta incipiente, entonces estamos ante un escenario donde corresponde la regulación. Asimismo, cuando una empresa no siente la presión competitiva (ni real ni potencial), es claro que el dinamismo del mercado no funciona como debería. En ese caso, se deben poner determinadas reglas para que los agentes económicos actúen como si estuvieran en competencia, una suerte de ficción regulatoria.

Se presume que las condiciones de oferta y demanda no se desenvolverán normalmente. Así pues, se da por sentado que no existirá un mercado con agentes compitiendo por ganar las preferencias de los consumidores. El ejemplo típico es el monopolio natural. En los servicios de infraestructura como es normal, la inversión económica es bastante elevada, así como las barreras de ingreso al mercado. De tal manera, que los sectores como el de saneamiento y alcantarillado, distribución eléctrica, telefonía fija, entre otros, nos conducen a plantear como respuesta a esos escenarios a la regulación económica.

Así pues, la primera conclusión que tenemos al respecto, es que en escenarios donde no hay ni se espera que surja la competencia, la regulación económica resultaría la solución más eficiente. En tal sentido, el Estado crea entidades sectoriales llamadas “organismos reguladores” para controlar determinados sectores de la economía. En el Perú tenemos al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel)⁹⁹, Organismo

⁹⁹ De acuerdo a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1034, el control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al Indecopi. No obstante, le otorga al Osiptel la competencia para pronunciarse en el sector de las telecomunicaciones. Es el único caso que tenemos de esa naturaleza.

Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinerghmin), Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran) y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass).

Estas entidades se crearon mediante la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332¹⁰⁰, como organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

Esta norma, publicada en el año 2000, fue reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 042-2005-PCM el 8 de junio de 2005. En la otra cara de la moneda, tenemos un contexto donde, contrariamente a los escenarios regulatorios, la competencia sí es posible. Ya sea real o potencial, se tiene un mercado disciplinado por los competidores. El proceso competitivo guiado por la oferta y demanda es dinámico y funciona sin distorsiones.

En este supuesto, las políticas de promoción de la competencia resultan ser las alternativas más eficientes, pues se orientan a crear o mantener las condiciones de competencia, no a sustituirlas. Caso contrario al de la regulación económica, donde se busca simular los resultados de un proceso competitivo que se asume no se llevará a cabo.

En el Perú, la agencia de competencia es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Este es un organismo público autónomo especializado adscrito a la PCM, que cuenta con personería jurídica de derecho público. Fue creado en noviembre de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi.

Desde entonces, tanto los organismos reguladores como Indecopi han sufrido modificaciones en sus estructuras orgánicas, asignación de competencias, roles fiscalizadores, etc. No obstante, la esencia de su naturaleza sigue siendo la misma.

La agencia de competencia se caracteriza por una intervención en el mercado *ex post*. Dado que se adscribe a sectores competitivos, tiene un papel vigilante y supervisor. Su tarea es

¹⁰⁰ Modificada por la Ley N° 28337 del 16 de agosto de 2004.

velar por el normal desenvolvimiento del proceso competitivo. De igual modo, su accionar se encuentra marcado cuando los agentes económicos falsean este proceso competitivo o realizan acciones que distorsionan el normal desarrollo del mercado. Es decir, realiza un control de conductas.

Así pues, la intervención del Indecopi es residual. Su actuación se materializa ante la constatación de distorsiones ocasionadas por los agentes económicos que compiten en el mercado. Sin embargo, debemos ser claros respecto a ello, dado que esta no tiene por objetivo sustituir el mercado, sino fortalecer el proceso competitivo.

Cabe agregar que los organismos reguladores parten de la premisa de que no existirá un proceso competitivo o este no será significativo y, por tanto, no se puede confiar en la competencia en esos mercados. Al respecto, podríamos decir que no se puede velar por un proceso competitivo o un dinamismo de mercado que no existe o resulta irreal pensar que se llevará a cabo.

Ante este escenario, los organismos reguladores intervienen *ex ante*, pues carece de sentido esperar a ver los resultados de un proceso competitivo que no se va a llevar a cabo. Así pues, se proyectan los resultados del proceso para fijar las condiciones bajo las cuales se debe prestar un servicio emulando un mercado competitivo.

Como segunda conclusión, podemos señalar que tenemos dos escenarios: uno en el que se va a producir el fenómeno competitivo. Otro, en el que es improbable que esto ocurra o ésta resulta incipiente y se desea promoverla, una suerte de regulación promotora de la competencia, por ejemplo, aquella relacionada con los cargos de acceso a redes de servicios públicos. En el primer escenario, la intervención del Estado es *ex post* a través de una agencia de competencia. En el segundo escenario, hablamos de una intervención del Estado *ex ante* mediante sus organismos reguladores¹⁰¹.

¹⁰¹ Creemos adecuado mencionar que la afirmación sirve para el contexto teórico de la presente tesis. Somos conscientes que no toda regulación de los organismos reguladores opera donde no es posible la competencia. Muchas veces actúa en contextos donde es posible la competencia y la labor que realiza es promoverla (regulación promotora de la competencia o que facilita la competencia) como por ejemplo, aquella relacionada con cargo de acceso a redes.

Siendo así, los organismos reguladores al simular escenarios competitivos deberán fijar de antemano las condiciones esenciales de los servicios. Así pues, tenemos tarifas que se determinan, calidad de servicio, metas de cobertura, etc. En cuanto a las condiciones que se ofrecen en los mercados competitivos, estas se generan por la libre interacción de la oferta y la demanda. Entonces, no hay necesidad de recurrir a simulaciones, predicciones o modelos económicos que nos determinen las condiciones para imponerles a las empresas prestadoras de servicios en mercados no competitivos.

El control de operaciones de concentración empresarial en el mercado es claramente un control *ex ante*, es decir, se proyecta un escenario a futuro y, eventualmente, se podrían fijar condiciones a los administrados para presuntamente no afectar el proceso competitivo y, por ende, el bienestar social.

Al respecto, la entidad competente para realizar este control de estructuras es el Indecopi. Claramente, encontramos una dualidad en las funciones de la entidad. Por un lado, es el competente para el control de conductas (sancionar prácticas de abuso de posición de dominio, así como, colusiones horizontales y verticales), pero por otro, tiene facultades que obedecen a la naturaleza de un organismo regulador: un control *ex ante* en estructuras de supuestos mercados que no serían competitivos.

En su momento, la finalidad de la creación de los organismos reguladores fue garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas no competitivas calificadas como servicios públicos o de actividades que se desarrollan en condiciones de monopolio natural y que requieren para su desarrollo, la utilización de redes de infraestructura. En el mismo sentido, se crearon para ejercer acción sobre el mercado mediante una intervención “arbitral”, buscando el equilibrio entre los intereses de los usuarios, de los prestadores del servicio y del mismo Estado. Por ello, la regulación debe ser utilizada como un instrumento al servicio del mercado y no como un sustituto del mismo (Tassano, 2016).

La pregunta que surge de lo señalado anteriormente es si Indecopi responde o debe responder a esa naturaleza. Con la implementación de un control de operaciones de concentración empresarial debemos analizar si la entidad sería capaz de prever efectos anticompetitivos y lejos de eso, fomentar el dinamismo en el mercado. Si la respuesta

resulta positiva, vamos en buen camino. El paso siguiente sería fortalecer el modelo institucional y realizar algunos ajustes logísticos y organizacionales, como lo veremos en el Capítulo IV. No obstante, si Indecopi no responde actualmente a esta dicotomía (modelo de intervención *ex ante* y *ex post*), los ajustes que se deberán implementar deberán ser de orden conceptual e ideológico, pues no bastarán las implementaciones logísticas para que el modelo funcione.

A manera de conclusión de este capítulo, podríamos señalar que nos encontramos en un mundo que tiende a la desregulación. Por esta razón, en sectores donde antes no existía la competencia, ahora, debido a los avances tecnológicos, entre otros factores, ya existe una competencia real. En ese sentido, creemos que las intervenciones *ex ante* por parte del Estado cada vez deberían ser menores.

El control de operaciones de concentración empresarial es una intervención *ex ante* y actualmente, se encuentra dentro de las competencias de una agencia de competencia (Indecopi), que por naturaleza realiza sus acciones de control de manera *ex post*. Es decir, esta naturaleza dual que se engloba en una sola institución podría generar confusiones o percepciones equivocadas de su accionar. Debido a ello, debemos tener el debido cuidado con las medidas regulatorias que se practiquen y, sobre todo, la manera de aplicarlas. Una mala regulación no resulta tan perjudicial como la aplicación errónea de una norma. Asimismo, el criterio de la Administración resulta fundamental para que las normas no afecten el mercado, sino que promuevan incentivos para un desenvolvimiento correcto del proceso competitivo.

La única manera de garantizar el éxito en la aplicación de una regulación como la del control de operaciones de concentración empresarial es mediante regulaciones bien definidas, competencias claramente atribuidas, operadores jurídicos capacitados, una logística adecuada, así como, criterios de política económica uniforme. Recordemos que las regulaciones terminan siendo medidas de corte transversal que afectan a muchos sectores y agentes (a nivel público y privado) que se desenvuelven en el mercado, por tanto, resulta bastante costosa. Si no hay un compromiso real de todos los actores para que esta funcione, lejos de ser una herramienta para prevenir efectos negativos en el mercado, los causará, reduciendo así el bienestar social.

CAPÍTULO III

CRÓNICA DE UNA LEY ANUNCIADA: DEBATE RESPECTO A LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA REGULACIÓN QUE CONTROLE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN EL PERÚ

Como en toda reforma política, legal o regulatoria, siempre existirán posturas a favor y en contra de su implementación. Por esto, la propuesta normativa de un control en las operaciones de concentración empresarial para todos los sectores en el Perú, no ha sido la excepción a la regla. En la agenda del debate político-jurídico, su inclusión dentro de la regulación del Derecho de la Competencia ha sido materia controvertida a todo nivel por más de veinticinco años. Y actualmente, la polémica continúa por más que ya tengamos la regulación pertinente.

Al respecto, hemos llegado hasta un punto en donde esta cuestión al parecer ya ha sido superada, aunque debemos decirlo, no de manera pacífica. Con la reciente publicación del Decreto de Urgencia N° 13-2009, creemos que el debate ya pasa a un siguiente estadio. No obstante, consideramos imprescindible rescatar los elementos más importantes de las posturas que nutrieron la discusión durante años. De esta forma, podremos tener presente las falencias y beneficios al momento de implementar la norma.

Para comenzar este recuento, debemos mencionar que en este capítulo recogeremos los principales argumentos de una y otra parte. Asimismo, esbozaremos líneas argumentales propias para nutrir ambas posiciones e intentaremos realizar un análisis contrafactual de los argumentos, a fin de que se presente de la manera más completa posible cada postura.

Por otra parte, en aras de facilitar al lector una disposición dinámica de los argumentos, a favor y en contra de la implementación de una regulación del control de las operaciones de concentración empresarial, estimamos conveniente organizar y agrupar los argumentos, de acuerdo con los diferentes ámbitos que abarca la regulación y dentro de estos desarrollar las hipótesis y posturas de diversos autores. Todo ello con el objetivo de contraponer unas con otras, a fin de que el lector vaya sacando sus propias conclusiones sobre la materia.

3.1 La institucionalidad como elemento fundamental en la implementación de cualquier regulación

Podemos entender la “institucionalidad” como el conjunto de valores, principios, ideas, estructuras, organizaciones, creencias, entre otras, que de manera conjunta condicionan las conductas de los integrantes de una sociedad, de acuerdo con los estándares de convivencia y bienestar colectivo que se pretendan. Por tanto, parte de los valores colectivos que son reconocidos y respetados de manera individual por las personas que conforman una sociedad.

Al respecto, podemos agregar dos elementos al sentido de “institucionalidad”: (i) permanencia y (ii) uniformidad. Estos dos elementos, junto con los anteriormente mencionados, nos trazan el camino hacia lo que aspiramos como sociedad en búsqueda del bienestar.

Podemos extrapolar también el concepto de institucionalidad a las entidades públicas. De esta manera, podemos decir que las entidades que conforman la administración estatal deben tener un orden de intra e inter entidad que oriente los esfuerzos de los funcionarios hacia una administración proba, eficiente e independiente, con estándares éticos y profesionales que condicionen el comportamiento de la entidad. Cuanto más sólida sea la institucionalidad, mayor garantía habrá en los procedimientos y ejecución de funciones a su cargo.

Caso contrario, la falta de instituciones sólidas que trasciendan a las personas se convertirá en uno de los principales factores para que no accedamos a los beneficios del desarrollo económico. Esto debido a que la economía se basa en la confianza de los agentes económicos en quienes administran sus recursos directa o indirectamente. En resumen, las instituciones marcan el dinamismo que pueden tener los actores en el mercado.

Douglas North, famoso nobel en economía en 1993, ya señalaba hace más de veinticinco años que las instituciones proporcionan incentivos a la dinámica de la economía. Asimismo, añadía que, para que un país tenga un desarrollo económico justo, equitativo, sostenible y de largo plazo, se requieren instituciones transparentes, honestas, eficientes y eficaces.

Es así que las instituciones definen las condiciones y limitaciones que, a su vez, establecen la interacción entre diferentes partícipes de la economía. De igual manera, determinan qué transacciones pueden efectuar los agentes económicos, los costos involucrados, el retorno esperado y la certeza de alcanzar los resultados (North, 1990).

Compartiendo esta misma idea, el World Economic Forum (WEF) presenta anualmente un documento en donde se reflejan los índices de competitividad¹⁰² de cada país a nivel mundial. Estos índices de competitividad miden la capacidad que tienen los países para brindarles a sus ciudadanos determinados niveles de bienestar. A su vez, esta capacidad evalúa la disposición de los recursos naturales y su productividad. Por lo tanto, este índice mide al conjunto de instituciones que conforman la administración estatal, sus políticas y los factores que definen los niveles de prosperidad económica de cada país.

Para realizar el análisis antes mencionado, sistematizan el estudio en doce pilares de competitividad¹⁰³, que a su vez se encuentran agrupados en cuatro categorías: i) entorno habilitante, ii) capital humano, iii) mercados y iv) ecosistemas e innovación.

En la categoría “entorno habilitante” se encuentra como primer pilar el de “instituciones”. Este abarca el análisis sobre los derechos de propiedad, controles, balances, transparencia y ética de sus instituciones, restricciones de orden legal (leyes y mecanismos de aplicación), así como, restricciones informales (normas de comportamiento). También se mide cómo impactan las instituciones en la productividad, principalmente proporcionando incentivos, velando por el buen gobierno corporativo, reduciendo la incertidumbre y la asimetría informativa.

Dicho esto, podemos observar la importancia de la institucionalidad en el desarrollo económico de los países. No obstante, al Perú aún le falta mucho camino por recorrer, porque de 140 países evaluados en el 2018, nos encontramos en el puesto 63¹⁰⁴.

¹⁰² Resulta pertinente precisar al lector que no se debe confundir “competitividad” con “competencia”.

¹⁰³ 1) Instituciones, 2) Infraestructura, 3) Entorno macroeconómico, 4) Salud y educación primaria, 5) Educación superior y entrenamiento, 6) Eficiencia de los mercados de bienes, 7) Eficiencia del mercado laboral, 8) Desarrollo del mercado financiero, 9) Disponibilidad tecnológica, 10) Tamaño del mercado, 11) Sofisticación de los negocios y 12) Innovación.

¹⁰⁴ En el año 2017 ocupamos el puesto 60 de 135 países.

Respecto al pilar de “instituciones”, nos encontramos en el puesto 90 de los 140 países evaluados, donde factores estudiados como (i) independencia del Poder Judicial (puesto 115 de 140 países), (ii) eficiencia del marco legal en regulaciones (puesto 103 de 140 países), (iii) carga regulatoria en el país (puesto 128 de 140 países), (iv) respeto a los derechos de propiedad (puesto 117 de 140 países), protección a la propiedad intelectual (puesto 121 de 140 países), nos hacen pensar si verdaderamente la institucionalidad se encuentra garantizada en el Perú (Schwab, 2018).

Así pues, una de las críticas a la implementación de una norma de control sobre las operaciones de concentración empresarial está referida a la falta de institucionalidad que han demostrado tener las entidades peruanas. El costo de administrar un sistema que sea capaz de regular una operación tan sensible como una concentración empresarial, a la par de lo oneroso de consolidar un equipo especializado en administrar los procedimientos de autorización son factores que golpean a la institucionalidad, sobre todo teniendo en cuenta que en la actualidad no existen funcionarios especializados en el tema en el Perú. Si a esto le sumamos la inexistencia de criterios de evaluación claros y la falta de una tradición exitosa de regulación, podríamos tener no solo un escenario con una institucionalidad débil, sino una alta probabilidad de corrupción de funcionarios, un tratamiento deficiente de la confidencialidad de los asuntos ventilados en los procedimientos de autorización, entre otros (Quintana, 1999).

Una muestra de las dudas que se muestran respecto a la implementación del control de las operaciones de concentración empresarial en el Perú es que el mismo Indecopi en el año 2003 planteaba serias dudas sobre el funcionamiento de un control de fusiones en el país. Actualmente, son los mismos argumentos que en ese entonces se utilizaban para objetar la implementación de una regulación de esta naturaleza. No obstante, Indecopi ahora sí se encuentra a favor sin que se hayan podido observar en el tiempo muchas mejoras en cuanto a la institucionalidad. El Indecopi del año 2003 es muy parecido al Indecopi de 2019 en cuanto a las capacidades que posee (Bullard, Falla y Roldán, 2012).

Es justamente en ese sentido, que la regulación de un control en las operaciones de concentración empresarial preocupa a un sector de los entendidos en la materia, pues se señala que institucionalmente no estamos preparados.

3.1.1 Existencia de un riesgo político

Se argumenta que existe un riesgo político en implementar una regulación sobre las operaciones de concentración empresarial. Como pretexto del mismo o simplemente como mecanismo de coerción, se podría buscar con esta regulación el fortalecimiento de algunas empresas y el desmedro de otras. También se podría generar el escenario en que pervirtiendo el sistema, se pretenda impedir que las empresas se fusionen buscando su eficiencia productiva simplemente por beneficiar a la competencia si es que existiera una “captura del regulador”¹⁰⁵.

Por otro lado, todos somos conscientes del ruido político que pueden ocasionar los comportamientos del mercado, sobre todo, en bienes o servicios sensibles para la población. Debido a ello, si como resultado de una operación de concentración empresarial se produjera un monopolio u oligopolio que elevara los precios, siempre estaría la tentación política de buscar regularlos. Así pues, lejos de beneficiar al mercado, podrían generarse iniciativas legislativas para regular tarifas o controlar precios, simplemente porque un monopolista elevó el precio. A todas luces, este escenario sería peor que un control de operaciones de concentración empresarial. En un país como el Perú, no estaríamos exentos de un escenario así.

En concordancia con lo anterior, Kovacic (1998) señala que, a partir de una revisión de la experiencia del control de operaciones de concentración empresarial en economías en desarrollo, se ha demostrado que las agencias de competencia carecen de la capacidad institucional para realizar pronunciamientos firmes y más bien sucumben ante las presiones políticas para adoptar posturas, lo que se contradice con los objetivos de la eficiencia. Así pues, estos errores perjudican el crecimiento y desarrollo del sector privado. Adicionalmente, sostiene que los programas de pre notificación de concentraciones empresariales pueden constituirse en incentivos perversos para la corrupción, la misma que ya cuenta con una larga historia de coimas y mala conducta en la aplicación de leyes regulatorias.

¹⁰⁵ Nos referimos al concepto de captura del regulador de acuerdo con la noción desarrollada por George Stigler en *The Theory of Economic Regulation* (*The Bell Journal of Economics and Management Science*, Volumen 2, N° 1, 1971, pp. 3-21) en la que se entiende el proceso mediante el cual las empresas que deben ser reguladas influyen o manipulan a la autoridad que debe tomar las decisiones sobre ellas. Así pues, lejos de obtener una regulación óptima que permita acercarnos a un bienestar social, tenemos como resultado sub óptimos sociales.

No obstante, como contraparte a este aspecto, se puede señalar que existen candados contra la corrupción, pues actualmente las políticas de *compliance* dentro de las empresas otorgan ciertas garantías. Como una primera medida en contraposición de lo señalado por Kovacic (1998), se puede decir que Indecopi debe fortalecer su autonomía a través del mayor presupuesto que le permita contar con personal capacitado, bien remunerado y con línea de carrera dentro de la institución. Este tipo de medidas no son novedad para la agencia de competencia, dado que ya se realizó este esfuerzo a inicio de los noventa, se profesionalizó el sistema concursal a comienzos del año 2000 y ahora mismo, los profesionales que se dedican a los procedimientos vinculados a la protección del consumidor se ven fortalecidos en sus competencias con el arbitraje de consumo. Además, el control de operaciones de concentración empresarial debería atravesar el mismo camino institucional.

Por otro lado, nadie duda de la independencia de los comisionados y vocales del Indecopi. Sin embargo, sus designaciones y oportunidades de rotación podrían mejorar a fin de fortalecer la institucionalidad con un sistema mejor blindado. ¿Por qué no pensar en designaciones por concurso público? A su vez, se podría implementar una fórmula de rotación escalonada de miembros de los órganos colegiados. Es decir, podrían cambiar dos miembros y mantenerse el resto del comisionado o vocales. Luego de determinado período, los que aún permanecieran en el cargo serían reemplazados por nuevos profesionales que se incorporarían a los dos miembros del principio. Así pues, se fortalecería la autonomía e independencia del Indecopi en busca de una consolidación de la “institucionalización”.

De acuerdo con lo anterior, “la independencia de regulador”, como en su momento se refirió a ella la Dra. Fátima Ponce Regalado (2017), constituye un elemento esencial en el diseño y ejecución de labores de supervisión de cualquier institución u organismo regulador (en este caso se aplica a Indecopi también). Así pues, la especialista señala que en el año 2016, la OCDE publicó su estudio *Being an Independent Regulator*, en donde señala que la independencia real o de facto es más relevante que la formal, dado que busca garantizar la existencia de una cultura de independencia, así como, una adecuada coordinación con otros niveles de gobierno e interacción permanente con los actores de mercado (Ponce, 2017). Estos mismos argumentos fueron repetidos por OCDE en el 2018.

Asimismo, sería ingenuo de nuestra parte afirmar que una ley va a garantizar la completa institucionalidad de un sector y con ello erradicar el riesgo político. Por el contrario, este se encuentra presente en todos los sectores: en telecomunicaciones, pesca, energía, salud, construcción, etc. Depende de cada institución tener las salvaguardas necesarias para poder garantizar una mayor autonomía y transparencia. Esto lo podemos apreciar en los diversos sectores industriales, por ejemplo. Todos tienen regulaciones similares, no obstante, ¿por qué hay algunos con cuestionamientos más graves en unos sectores frente a otros? Por la institucionalidad que cada administración le imprime.

Indecopi cuenta con más de veintiséis años de experiencia promoviendo políticas de competencia y resolviendo problemas con gran influencia política: las insolvencias de las azucareras, los canales de televisión, los equipos de fútbol profesional, las grandes mineras (Doe Run, por ejemplo), los grandes problemas de Derecho de Protección al Consumidor, etc. No dudamos que se podría manejar con autonomía técnica y profesional un sistema de control de las operaciones de concentración empresarial siempre y cuando se garantice la institucionalidad de la institución.

Para resumir, creemos que en la labor de una regulación transversal, donde intervienen muchos agentes económicos, como las operaciones de control de concentración empresarial, no solo Indecopi debe fortalecer su institucionalidad, sino todos los actores involucrados. Es decir, desde el sector público y el cumplimiento de sus normas de transparencia, código de ética, etc. hasta los privados con la implementación de sus mecanismos de *compliance*.

3.1.2 ¿Una oportunidad para la corrupción?

La sensación de inseguridad jurídica a causa de la corrupción es uno de los principales males que aquejan a nuestra sociedad actualmente. Poner en manos de funcionarios públicos el destino empresarial o crecimiento económico de las empresas puede ser contraproducente para el desarrollo de los mercados.

Si tenemos en cuenta el Índice de Percepción de la Corrupción del año 2017 elaborado por Transparencia Internacional, observamos que el Perú se ubica en el puesto 96 sobre un total de 180 países. Si lo comparamos con los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), lejos de los primeros puestos, ocupamos el puesto 24. Así,

nos encontramos al nivel de Zambia, Tanzania, Costa de Marfil y Etiopía, países africanos con muy bajos niveles de estabilidad y confiabilidad política en cuanto a sensación de seguridad jurídica respecta (Transparency International, 2017).

A nivel del Global Competitiveness Index (GCI) utilizado por World Economic Forum (WEF), dentro del pilar de “instituciones”, el componente de “corrupción” es uno muy importante. El Perú se encuentra situado en el puesto 80 de 140 países evaluados. Detrás de Albania (77), Ghana (69), muy cerca de Tanzania (87) y ocupando el mismo puesto que Zambia (80), Panamá (80) e incluso Brasil (80), con todos los descubrimientos de corrupción por el caso Odebrecht¹⁰⁶.

Por tanto, aunque algunas entidades del Estado sean más confiables que otras, se encuentran atravesando un período de continuos cuestionamientos y procesos de deslegitimación. En ese sentido, incluir una regulación de tanta trascendencia en un ámbito que no se encuentra exento de corrupción puede ser peligroso. No obstante, se hace la salvedad de que en Indecopi, lejos de algún incidente menor, nunca se ha podido observar ningún atisbo de influencia política o corrupción de funcionarios.

Una anotación más al respecto, es que la corrupción a nivel de las empresas generalmente se viene dando en sectores desconcentrados con pequeñas y medianas empresas, como las constructoras. En este caso, no se involucran a los grandes agentes económicos que podrían estar inmersos en operaciones de concentración empresarial que tendrían que pasar por la autorización de la administración. Normalmente estas grandes empresas tienen políticas de *compliance* bastante arraigadas y otros mecanismos que evitan la corrupción interna. No obstante, aunque no podemos garantizar al cien por ciento que esto no vaya a ocurrir; no podemos asegurar que los usuarios del sistema no serían empresas involucradas en prácticas que podrían considerarse ilegales. Si bien son excepciones, no solo en el Perú, sino en el Mundo hay muestras de que empresas muy grandes, con programas de *compliance*, también se han visto inmersas en situaciones de corrupción.

¹⁰⁶ Conglomerado de empresas brasileras dedicadas principalmente a los rubros de la ingeniería y la construcción. Instituida como compañía en 1944, y con presencia empresarial en Suramérica, Centroamérica, Norteamérica, África, Europa y el Medio Oriente. Actualmente es una de las empresas más polémicas de Latinoamérica involucrada en muchos delitos de corrupción y lavado de activos donde se involucran a los altos funcionarios públicos, incluso mandatarios.

Asimismo, no debemos olvidar el origen del Derecho a la Competencia, que surgió para frenar y reducir los riesgos de corrupción afirmando la importancia de reconocer la libertad del pensamiento independiente en la vida política de la mano con los sistemas democráticos. Puede decirse que nació a partir del temor fundado de que los mega ricos como los Rockefellers, los Carnegies, los Vanderbilts, utilizaran su riqueza para elevar su influencia política y así incrementar su poder económico afectando no solo a la economía de mercado y su proceso competitivo, sino al sistema democrático en sí. Kay (2009) afirma que cuando el poder económico se concentra excesivamente, la democracia se pervierte y las políticas dejan de responder al interés público para terminar cediendo a las presiones de los grupos de poder.

Con estos elementos podríamos señalar que, si bien el Indecopi no se ha visto, en toda su historia, vinculado a grandes casos de corrupción, esto no se puede garantizar que siempre será así. Una competencia tan importante como el control de las operaciones de concentración empresarial podría ser un nicho de corrupción, sino se toman los resguardos respectivos.

Sin embargo, para finalizar este punto, indicamos que consideramos a cierto tipo de *lobby* como un mecanismo de corrupción. Así pues, ante la posibilidad de este por parte de las empresas inmersas en una operación de concentración empresarial, la autoridad de competencia debería tomar los recaudos necesarios para evitar que se distorsione artificialmente el proceso competitivo. Al respecto, los autores Neven y Röller (2005) señalan que si bien se argumenta que el objetivo de una regulación de control de concentraciones empresariales debe ser el bienestar social, ante la inminente posibilidad de *lobby* por parte de los involucrados, el objetivo de una operación de concentración no debería estar marcado por el bienestar social, sino por el de los consumidores, pues si la balanza se inclina hacia las empresas, no se llegaría nunca a un equilibrio. Por tanto, inclinar la balanza hacia los consumidores ante la posibilidad de *lobby*, garantizaría que la inclinación que realicen las empresas no afecte el bienestar social. De esta manera, los autores proponen una suerte de regulación con contrapeso.

3.1.3 La importancia del conocimiento y la experiencia: especialización y capacitación

Resulta evidente que la implementación de una política de control de las operaciones de concentración empresarial debe estar a cargo de una institución con alto grado de capacitación y especialización. Al respecto, Indecopi ha demostrado durante todos estos años tener personal capacitado para asumir los retos profesionales y técnicos.

Asimismo, la implementación de una política de control de operaciones de concentración empresarial no es una novedad, pues se viene trabajando en el sector eléctrico. En ese sentido, los proyectos legislativos sobre el control de concentraciones empresariales se vienen discutiendo durante muchos años. Por eso, no es novedad para el personal de Indecopi la materia y los aspectos que se debaten. Podríamos quedarnos relativamente tranquilos en este aspecto.

Sin embargo, Indecopi es una autoridad administrativa y sus decisiones son revisables a nivel judicial, con los problemas que esto conlleva. Un paliativo a este problema es que actualmente contamos con cuatro juzgados especializados en temas de mercado (Poder Judicial del Perú, 2013)¹⁰⁷, donde los profesionales cada vez adquieren mayor capacitación y *know how* en temas de competencia.

Un argumento que podría afectar la profesionalización de los equipos al interior del Indecopi es que, como sector público se ha caracterizado por altos niveles de rotación en el Estado, así como, inestabilidad laboral. De igual modo, la vocación de permanencia en las instituciones públicas de los profesionales es muy reducida y a menos que se prevean las garantías para la captación de profesionales interesados en líneas de carrera dentro de la Institución, se podría complicar la conformación de un equipo abocado que se consolide y especialice en la materia.

La OCDE (2018) señala que la rotación del personal es un problema, debido a los salarios poco competitivos y al modo en que se articulan las oportunidades de promoción profesional dentro del Indecopi. Es más, advierte que de 1700 trabajadores que tiene la

¹⁰⁷ Esto lo podemos observar en los números 23°, 24°, 25° y 26° del Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado.

Institución, solo 50 se dedican a los temas de competencia (incluyendo personal a tiempo completo y los comisionados y vocales a tiempo parcial).

Por otra parte, es claro que los reguladores y la agencia de competencia podrían ser una excepción a la regla si los comparamos con los ministerios u otras entidades estatales. No obstante, no se tiene la estabilidad ni permanencia que muestra el sector privado.

Para una reforma y regulación de este tipo se requiere de un elemento indispensable: personal técnico calificado. En ese sentido, no sería la primera vez que el Indecopi asume un reto de esta naturaleza y se le debe dotar de los recursos financieros y humanos para poder asumirlo. De lo contrario, no podría funcionar.

En el caso de que un sistema de control de operaciones de concentración empresarial requiera del esfuerzo conjunto para tramitar los procedimientos de profesionales en derecho y economía, podemos señalar que hacia el 2012, el Indecopi no contaba con ningún economista con Ph. D. a tiempo completo, mientras que el DOJ, FTC, The Fair Competition Commission (FCC) y la United States Patent and Trademark Office (USPTO) sobrepasaban los 200 profesionales con estas características (Weyl, 2012). Este escenario no ha cambiado sustantivamente en la actualidad.

3.1.4 La independencia y autonomía son fundamentales

Actualmente, el análisis de las operaciones de control de concentración empresarial para el sector de eléctrico¹⁰⁸ lo viene realizando el Indecopi. Sin embargo, por más técnico y profesional que sea, aún depende del Gobierno Central en diversos asuntos de corte presupuestal, administrativos y de recursos humanos. Debido a ello, desde la elección de sus comisionados y vocales, hasta la elección del mismo presidente del Consejo Directivo, titular del pliego, quienes representan la institución son los elegidos políticamente¹⁰⁹.

¹⁰⁸ En el Perú, la regulación de concentraciones y fusiones solo existe en el sector eléctrico. Es a partir de 1992, con las políticas de liberalización de la economía, en donde se va definiendo la actuación subsidiaria del Estado en diversos sectores, principalmente en servicios públicos. El 18 de noviembre de 1997, con Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, se define el marco regulatorio para las concentraciones en el sector eléctrico en el Perú.

¹⁰⁹ Reglamento de la Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi. Artículo 4.- Consejo Directivo.

También sería pertinente resaltar que el presidente del Consejo Directivo se mantiene al margen de los órganos resolutorios. Dentro de sus funciones no tendría por qué interferir en las funciones técnicas de sus órganos. Sin embargo, no existen candados institucionales al respecto. Así, ocurre con frecuencia que el presidente del Consejo Directivo es citado al Congreso de la República a responder políticamente por los pronunciamientos de sus órganos técnicos.

Por otro lado, la independencia de sus comisionados y vocales pasa por dotarlos de vocación de permanencia. Actualmente, trabajan a tiempo parcial, sesionan semanalmente y cobran dietas, mientras que en otros países esta labor es ejercida a tiempo completo. Asimismo, como lo sostuvimos en los párrafos precedentes, sería importante mejorar el mecanismo de designación y rotación. Esta advertencia también la realiza la OCDE (2018) e incluso enciende las alarmas al señalar que se podría advertir que no se viene aplicando el principio del debido proceso, pues la labor de los comisionados depende del personal de la Secretaría Técnica, el mismo que sí es contratado a tiempo completo.

En suma, siempre serán cuestionables los sistemas de designación y trabajo a tiempo parcial cuando se tengan que tomar decisiones sobre procedimientos tan importantes como

Según lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, el Consejo Directivo es el órgano de máxima jerarquía institucional. Tiene a su cargo la dirección y la supervisión de las actividades del Instituto. No tiene participación ni injerencia en las decisiones de los órganos resolutorios de la Institución.

El Consejo Directivo del Indecopi se encuentra integrado por cinco miembros, dos en representación de la Presidencia del Consejo de Ministros, uno de los cuales lo preside un representante del Ministerio de Economía y Finanzas, un representante del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y un representante del Ministerio de la Producción. Todos los integrantes del Consejo Directivo son designados mediante resolución suprema, refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, por un período de cinco años, con la posibilidad de ser designados por un período adicional.

La renovación de los integrantes del Consejo Directivo del Indecopi se efectúa de manera progresiva, iniciándose por los miembros representantes de la Presidencia del Consejo de Ministros y Ministerio de Economía y Finanzas, y prosiguiendo con los representantes de los Ministerios de Comercio Exterior y Turismo y de la Producción. La renovación se efectúa al cumplirse el periodo de cinco años de mandato en el cargo, contado a partir de la designación correspondiente de cada representante, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo final del Artículo 6.3 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi aprobada por el Decreto Legislativo 1033.

Artículo 6.- Representación del Indecopi.

El Presidente del Consejo Directivo es el titular del pliego, ejerce la representación oficial del Instituto y en tal calidad es el único funcionario autorizado para efectuar declaraciones públicas sobre cualquiera de las materias de competencia de los órganos de la Institución, salvo delegación expresa. El cargo de Presidente del Consejo Directivo es remunerado.

los de concentración empresarial. Así pues, en tanto no haya un correctivo al respecto, el sistema tendrá una falencia.

Asimismo, a nivel institucional el apartado 7.3 de la Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria de la OCDE de 2012 recomienda que se valore la creación de “entidades regulatorias independientes” cuando las decisiones de estas entidades “puedan tener impactos económicos significativos en las partes reguladas y sea necesario proteger la imparcialidad de la entidad”.

Si bien Indecopi tiene personalidad jurídica de Derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestaria y administrativa; y no se ha visto influido por presiones políticas hasta la fecha gracias a que los órganos de competencia gozan de plena autonomía para decidir qué casos investigan y cómo los resuelven, el marco jurídico sí configura una serie de riesgos para la autonomía y la independencia de los órganos decisorios del Indecopi, por lo que se debería adoptar medidas que minimizaran esos riesgos.

3.1.5 Indecopi no es el final del camino

Si superamos la etapa de dotar de recursos logísticos, infraestructura, tecnología, recursos humanos (personal) especializados y suficientes, así como, establecer los candados de blindaje necesarios contra la corrupción, el camino de la implementación de un control de las operaciones de concentración empresarial podría estar más llano a nivel administrativo, sin embargo, la evaluación no quedará en ese estadio. Al respecto, Indecopi podrá actuar de manera técnica con profesionales que salvaguarden la seguridad jurídica y se preocupen por motivar sus decisiones, de manera que los procedimientos ante este organismo sean los más certeros posibles.

No obstante, Indecopi es una sede administrativa. En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico prevé un control jurídico por parte del Poder Judicial sobre las actuaciones de la administración pública¹¹⁰. Así pues, es a través de los procesos contenciosos administrativos que se busca garantizar la tutela efectiva de los derechos e intereses de los administrados¹¹¹.

¹¹⁰ El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída sobre el Expediente. 2465-2004-AA/TC ha señalado que en el marco del artículo 139 de la Constitución Política uno de los principios propios de la función jurisdiccional es “la independencia en el ejercicio de sus funciones”. Este principio supone un mandato para

En tal sentido, las decisiones que adopte esta institución en sede administrativa podrán ser recurridas en vía judicial, pues nada nos garantiza que en esa instancia se cumplan los criterios técnicos legales mediante los cuales decidió la agencia de competencia.

Al respecto, GARCÍA BELAÚNDE (1993) señala que el Poder Judicial es el más devaluado de los órganos del Estado en el entorno peruano. A ello contribuye no sólo la inmoralidad reinante, la corrupción, la lenidad de los procesos judiciales, sino también la incapacidad del personal humano que opera en la administración de justicia¹¹².

Sin embargo, un dato que es pertinente traer a colación es que, en este difícil terreno, las estadísticas favorecen al Indecopi. Así, durante el 2018 logró concluir 1623 procesos judiciales, de los cuales 1542 fueron confirmados. Esto representa un porcentaje de éxito del 95% de las decisiones adoptadas por los diferentes órganos resolutivos de la institución (Indecopi, 2019).

Sin embargo, utilizando la misma lógica, podríamos advertir un riesgo. Se señala que en un sistema con control de concentraciones empresariales solo entre el 1% y 2% de las

que, en todos los poderes públicos, los particulares e, incluso, al interior del propio órgano, se garantice el respeto de la autonomía del Poder Judicial en el desarrollo de sus funciones, de modo que sus decisiones sean imparciales y más aún se logre mantener esa imagen de imparcialidad frente a la opinión pública.

Asimismo, señala que esta autonomía debe ser entendida desde una doble perspectiva: a) como garantía de la administración de justicia; b) como atributo del propio juez. Es en este último plano donde se sientan las bases para poder hablar de una real independencia institucional que garantice la correcta administración de justicia, pues supone que el juez se encuentre y se sienta sujeto únicamente al imperio de la ley y la Constitución antes que a cualquier fuerza o influencia política.

¹¹¹ Al respecto, se pueden revisar los trabajos de FERNÁNDEZ SESGADO (2007) y LANDA (2006).

¹¹² García Belaúnde recomienda revisar bibliografía sobre este tema, la misma que señalamos a continuación: Bernardino León y León El Poder Judicial, Lima 1925 (con prólogo de Jiménez de Asúa); Enrique Echeopar Justicia inmediata, Lima 1927; Exposición de Motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado (Comisión Villarán), Imprenta Torres Aguirre, Lima 1931; Domingo García Rada El Poder Judicial, Lima 1944; Mario Alzamora Valdez, El Consejo Nacional de Justicia en "Derecho", editada por la Universidad Católica (Lima) núm. 30, 1972; M. Octavio Linares A. Órgano jurisdiccional y defensa judicial del Estado, Lima 1979; y Piedad Pareja Pflücker Justicia y Constitución (La Administración de Justicia en la Constitución de 1979), Lima 1989. Estudios recientes sobre la problemática judicial, cf. Diego García-Sayán, editor, Poder judicial y democracia, Comisión Andina de Juristas, Lima 1991; Luis Pásara Jueces, justicia y Poder Judicial, CEDYS, Lima 1982; PERU: La Independencia del Poder Judicial, informe de José Antonio Martín Pallán, Centro para la independencia de jueces y abogados, Lima 1989; Hans-Jurgen Brandt En nombre de la paz comunal (un análisis de la justicia de paz en el Perú), Fundación F.Naumann, Lima 1990; Ramón Ramírez Justicia y política Lima 1985; Juan Monroy Gálvez El Poder Judicial a 10 años de vigencia de la Constitución de 1979 en "Lecturas sobre temas constitucionales" N11 4, Comisión Andina de Juristas, Lima 1990, y AA.VV. La administración de justicia en América Latina, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, editor Javier de Belaunde, Lima 1984. La cita de Calamandrei que corre en la parte final del texto aparece en sus Instituciones de Derecho Procesal Civil, EJE, tomo 1, Buenos Aires 1962, pág.420.

operaciones son denegadas por considerarse que podrían causar un daño al mercado significativo. Ese 1% o 2% de operaciones denegadas podría caer dentro del 5% de casos que el Indecopi pierde en vía judicial. Es decir, efectivamente, de 100 casos, Indecopi obtiene resultados judiciales favorables en 95. No obstante, nada impide que en el pequeño universo restante que la entidad pierde judicialmente se encuentre algún caso de autorización de concentración empresarial.

Es un tema a ser revisado constitucionalmente, porque ameritaría una modificación en la Constitución Política si es que se le quiere dotar a la agencia de competencia de autonomía y jurisdicción.

Otro elemento que vale la pena añadir es que el Tribunal Constitucional también puede estar de por medio en una revisión de un pronunciamiento administrativo por parte de Indecopi. De esta forma, podemos tener un procedimiento administrativo bastante ágil y transparente, pero el camino no acaba allí, pues muchas veces el recorrido en sede judicial termina siendo incluso, mucho más largo que en sede administrativa. Y como versa el dicho: “justicia que tarda, no es justicia”. Como podemos observar, la falta de autonomía¹¹³ y jurisdicción del Indecopi también resulta un punto débil en la implementación del sistema.

3.2 ¿Los costos de implementación de la regulación justifican el impacto en el mercado y el bienestar social?

La puesta en marcha de una política pública se encuentra orientada a encontrar soluciones a determinada problemática a fin de conseguir el máximo bienestar social para los ciudadanos. En el Perú, el Estado promueve y fomenta la competencia para producir prosperidad en la sociedad. Es así que el impulso de políticas de competencia tiene como norte el bienestar social.

¹¹³ La autonomía entendida como un pilar del sistema democrático en sobre el cual descansa el sistema de cualquier operador de justicia. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00015-2005-AI/TC ha señalado que “(...) la autonomía es la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no solo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a este”. En ese sentido, debe entenderse que dicha autonomía debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal.

Al respecto, dentro de estas políticas corresponde evaluar si resulta necesaria la implementación de un control de las operaciones de concentración empresarial y cuáles son los costos que representaría, tanto para los consumidores, los administrados, así como, para el Estado que se encargaría de la evaluación y del *enforcement*. Así también, no podemos dejar de lado el impacto que se pudiera generar en la economía.

Igualmente, creemos que la promoción de una política de competencia podría efectuarse desde distintos ámbitos, si no existe una normatividad, pues tenemos la iniciativa legislativa para promoverla. Incluso si existiera una, pero que no fuese la más adecuada, podríamos mejorarla. También tenemos la opción de recurrir a medidas de tipo administrativas, de carácter presupuestal o financiero. Es decir, el Estado tiene una serie de herramientas para impulsar una política pública en beneficio de los ciudadanos. Como señalaba Pallares (1988), los instrumentos de acción de las políticas públicas son “las normas jurídicas, los servicios, los recursos financieros y la persuasión” (p. 144).

Por lo tanto, antes de plantear una iniciativa legislativa, en primer lugar, debemos cuantificar los costos en que se incurrirán: para los administrados, la administración, el mercado, etc. Este análisis es uno de los pasos centrales en la formulación de iniciativas legislativas y es complementaria con la metodología del análisis costo-beneficio. A la vez es un paso previo que puede determinar si la resolución del problema público —en este caso la promoción de la competencia para generar el bienestar social— pasa por un instrumento normativo regulatorio, de gestión, presupuestal o de incidencia en el funcionamiento del Estado. Así, finalmente, podríamos establecer la pertinencia de formular una iniciativa legislativa (Transparencia, 2008).

Adicionalmente, mencionamos que en esta sección se tratarán los costos de la manera más objetiva posible, pues toda norma genera impactos subjetivos y objetivos. La reacción ante la promulgación de una norma, más aún de la envergadura de una regulación de control de operaciones de concentración empresarial, no resulta pasiva. Todos tenemos en nuestro interior una sensación de justicia y ese sentimiento jurídico le permite al individuo discernir cuándo determinada situación es justa o injusta, a partir de determinadas situaciones, la exigencia de una obligación o la constatación de un conflicto. El referido sentimiento jurídico puede ser individual, cuando se genera en un ser humano específico como

producto de un hecho aislado que tan solo tiene efectos sobre una persona. Sin embargo, también puede ser colectivo en los casos en que el conflicto se propaga a una estructura importante de la sociedad (Navarro, 2017).

En tal sentido, abordar el tema de los costos subjetivos¹¹⁴ que se generan a partir de una regulación de las operaciones de concentración empresarial sería a todas luces un trabajo que desviaría el objetivo de la presente investigación. Así pues, nos enfocaremos en costos objetivos y trataremos de llegar a conclusiones que en caso no puedan ser comprobadas con datos, el sentido común nos ayudará a dilucidar.

3.2.1 Costos de implementación de la regulación

Toda norma requiere una implementación por parte de la administración. Sin embargo, esta implementación no es gratuita, pues requiere de un esfuerzo importante tanto para la autoridad que asume las funciones como para los actores involucrados en la nueva regulación. Al respecto, los costos de implementar un control de concentraciones empresariales comprenden desde los costos de transacción (tiempo, dinero, coordinaciones, acceso a la información, etc.) hasta los costos logísticos.

En EE. UU. la agencia de competencia gasta más de la mitad de sus recursos en el proceso de control de las operaciones de concentración empresarial (Crandall y Winston, 2003). A su vez, María Coppola, funcionaria de la Federal Trade Commission de EE. UU. nos indica que, para muchas agencias de competencia, una porción significativa de sus recursos es asignada al control de operaciones de concentración empresarial. No obstante, solo un pequeño porcentaje de las operaciones comerciales serían calificadas como problemáticas. Asimismo, cita una encuesta realizada por la International Competition Network - ICN en el 2008, en la cual las agencias manifestaban que no podían cumplir con todas sus tareas, como los temas de control de conductas y promoción de la competencia, porque gran parte de sus recursos eran destinados al control de operaciones de concentración empresarial (Coppola, 2011).

¹¹⁴ Entendidos como aquellos costos no cuantificables que se generan únicamente a partir de percepciones individuales o colectivas.

Nada impide que estos costos de implementación puedan ser trasladados a los consumidores. De igual modo, dado que la entidad deberá incurrir en gastos, la implementación de un control de operaciones de concentración empresarial implica la contratación de profesionales calificados, infraestructura y mobiliarios (acondicionamiento de oficinas, computadoras, licencias de software, escritorios, impresoras, etc.), un mayor uso de materiales de escritorio, mayores costos en notificaciones, etc.

Dada la enorme cantidad adicional de costos que se generan, siempre estará presente la tentación de la administración de financiar el funcionamiento de la norma mediante el bolsillo de los administrados, por ejemplo, elevar o cobrar nuevas tasas. Esto no dista mucho de lo que ha venido pasando en los últimos tiempos, pues como sabemos, la tasa más onerosa que se paga en el Perú por un procedimiento administrativo se encuentra en orden de una (1) UIT como máximo. No obstante, los casos relativos a libre competencia, y, sobre todo, los vinculados al control de operaciones de concentración empresarial están exentos de ese límite. Así pues, el límite excepcionalmente fijado para estos casos es de cincuenta (50) UIT. A la fecha, absolutamente a todos los procedimientos administrativos relativos a control de concentraciones empresariales se les ha cobrado una tasa de cincuenta (50) UIT (Quintana, Zúñiga y Granda, 2013).

Por otra parte, la administración no será la única que deberá reforzar su aparato logístico, sus estructuras de recursos humanos, infraestructura, etc. Las empresas también deberán desembolsar una fuerte inversión pre operación de concentración empresarial. En ese sentido, estas deberán asumir altos costos de transacción: (i) dinero, (ii) tiempo e (iii) incertidumbre. Así también, los administrados tendrán que invertir recursos en estudios contables, asesorías jurídicas, análisis de contratos, *due diligence*, valorización de activos, estudios de mercado y proyecciones de impacto en el mercado, entre otras.

Por otro lado, muchos de los requerimientos de información por parte de la administración comprenderán data muy antigua. En ese aspecto, las empresas deberán gastar recursos a fin de extraer archivos antiguos de sus bases de datos para reprogramar la información en los formatos que se les indica (*Acces, Excel, Stata*, etc.).

A manera de ejemplo, Julie Clarke (2010) nos relata que en el proceso de concentración empresarial de la alianza Royal Caribbean & Prince Cruise con Carnival Cruise Company se

requirió la producción de tal cantidad de información que la misma fue entregada en 2000 cajas de documentos.

En la misma línea, en el caso del proceso de concentración empresarial que atravesó la empresa Oracle cuando notificó al Departamento de Justicia de EE. UU. en su intención de adquirir a su competidor PeopleSoft, se pudo observar los enormes costos en los que se incurrió. En junio de 2003 se inició el proceso y la administración objetó la operación en el 2004 para que al final se lleve a cabo en enero de 2005. Oracle gastó alrededor de 54.2 millones de dólares en el proceso, mientras que PeopleSoft señaló un gasto de 70 millones de dólares (Gürtler y Kräkel, 2009)¹¹⁵.

Todos estos costos invertidos por las empresas, luego de concretada la operación, serán trasladados a los consumidores. Al respecto, Eduardo Quintana (2012) sostiene que no es casualidad que los estudios de abogados más grandes se encuentren establecidos en Washington y en Bruselas, toda vez que en EE. UU. y Bélgica funcionan las autoridades más grandes del mundo en materia de control de operaciones de concentración empresarial (Citado en Diez Canseco, Falla, Quintana y Távora, 2012).

A lo antes señalado, le sumamos el tiempo en que la administración demorará en evaluar la operación. Durante este período es posible que las empresas disminuyan el ritmo de sus inversiones y producción, con lo cual, el principal afectado nuevamente resulta ser el consumidor.

De acuerdo con lo anterior, un tema especialmente delicado dentro de los costos de implementación de un control de operaciones de concentración empresarial es que estos no solo abarcan los procedimientos de autorización a las empresas, también se debe considerar un presupuesto importante para los sistemas de inspección y supervisión. Esta es la única manera de que exista un *enforcement* adecuado¹¹⁶.

¹¹⁵ Al respecto, se recomienda buscar más información sobre lo señalado en enero del 2012 por la Federal Trade Commission (FTC) de los EE. UU.

¹¹⁶ A manera de ejemplo, la Federal Trade Commission (FTC) de los EE. UU. tiene entre sus principales funciones las de hacer cumplir las leyes federales de protección al consumidor que previenen el fraude, el engaño y las prácticas comerciales desleales, así como, velar por el respeto de las leyes federales antimonopolio que prohíben las fusiones anticompetitivas y otras prácticas comerciales que podrían llevar a precios más altos, menos opciones o menos innovación.

En las operaciones de concentración empresarial este *enforcement* es claramente más complicado y especializado, porque en principio se deberán analizar los efectos de una operación en el mercado, para lo cual se deberán realizar también estudios de mercado relevante, índices de concentración, y por supuesto, monitoreo de precios. Queda claro, que este, al ser un tema tan delicado, tendría que partir de una metodología económica diseñada por la entidad, herramienta que no sería sencilla ni tendría un diseño poco oneroso. Esto puede ser así si es que tomamos la experiencia de Indecopi y del personal encargado, y pensamos que la aplicación tendría un costo relativamente presupuestado. En cambio, si partimos de una falta de metodología económica, la situación se complica más.

Julie Clarke (2010) sostenía que el objetivo de la regulación debe ser la reducción de las posibilidades que generen costos económicos y sociales a partir de concentraciones empresariales anticompetitivas. Así pues, señalaba que, si el costo de detectar y prevenir estas fusiones resulta mayor, el objetivo no se cumpliría.

Todo lo anteriormente señalado debería sopesarse con los beneficios del bienestar social que podría traer el impedimento de una operación de concentración empresarial (muy pocos casos en la práctica) o en todo caso, la efectividad de los remedios aplicados a la operación de concentración.

Así pues, queda claro que se va a buscar que todos los costos de transacción, logísticos, financieros, etc. sean largamente sobrepasados por una ganancia de eficiencia que se genera cuando la administración interviene. En ese sentido, la siguiente pregunta que surge de este análisis es si verdaderamente es necesaria la implementación de un control de las operaciones de concentración empresarial si casi la totalidad de operaciones terminan siendo aprobadas.

De la información recopilada podemos establecer que en el Perú se han presentado a la fecha diecinueve solicitudes de autorización para concentraciones empresariales en el sector

En tal sentido, la FTC administra una amplia variedad de leyes y regulaciones que le permiten no solo brindar el marco legal sino tener un verdadero *enforcement* en las materias que les compete. Así pues, poseen una diversidad de marcos legales entre los que se incluyen la Ley de la Comisión Federal de Comercio, la Regla de Venta de Telemarketing, la Ley de Robo de Identidad, la Ley de Informes Crediticios Justos y la Ley Clayton. En total, la FTC tiene atribuciones y funciones de ejecución o competencias administrativas en virtud a un marco legal de más de 70 leyes.

eléctrico ante la CLC. Respecto a las operaciones en las cuales el Indecopi evaluó el fondo, podemos señalar que todas fueron autorizadas. Asimismo, sumamos como elemento al análisis que las autorizaciones solicitadas fueron casi en su totalidad aprobadas sin condicionamientos en la operación de concentración empresarial.

A continuación, presentamos el recopilado histórico (desde el 2001) de todos los procedimientos administrativos de operaciones de concentración empresarial que han sido tramitados en el Indecopi. Esto nos puede dar una mejor idea del escenario en que se ha venido evaluando el tema.

CUADRO 1

N°	RESOLUCIÓN	SOLICITANTE	DETALLE	SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN
1	029 -2001-CLC/Indecopi	PSEG Global	Solicitud de PSEG Global Inc. para la adquisición de la generadora Empresa de Electricidad de los Andes S. A. en el caso de ser la ganadora del concurso público.	Autorizada
2	030-2001-CLC/Indecopi	Tractebel	Solicitud de Tractebel S. A. para la adquisición de la generadora Empresa de Electricidad de los Andes S. A. en el caso de ser la ganadora del concurso público.	Autorizada
3	016-2002-Indecopi/CLC	ISA	Solicitud de Interconexión Eléctrica S. A. E.S.P para la adquisición de las transmisoras Eléctrica Centro Norte S. A. y Eléctrica del Sur S. A.	Autorizada
4	020 -2002-CLC/Indecopi	Tractebel	Solicitud de Tractebel S. A. para la adquisición de las generadoras Empresa Generadora del Arequipa S. A. y Empresa Generadora del Sur S. A.	Autorizada
5	022-2002-Indecopi/CLC	Electroandes	Solicitud de Electroandes S. A. para la adquisición del Proyecto Yuncán.	Improcedente
6	003-2006-Indecopi/CLC	Aguaytía	Solicitud de PIDC Aguaytía, LLC por medio del cual Duke Energy Corporation controlará a la empresa Aguaytía Energy, LLC, y a través de esta a la empresa Aguaytía Energy del Perú S.R.L. Ltda. y a sus subsidiarias Eteselva S. R. L. y Termoselva S. R. L.	Autorizada
7	026-2006-Indecopi/CLC	Etevensa-Edegel	Solicitud de Edegel S. A. A. y Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla S. A. Etevensa, a través de la cual Edegel absorberá a Etevensa, asumiendo a título universal y en bloque su patrimonio.	Autorizada
8	052-2006-Indecopi/CLC	ISA	Solicitud de Interconexión Eléctrica S. A. E.S.P. para la posible adquisición de acciones del Consorcio Transmantaro S. A.	Inadmisible
9	081-2006-Indecopi/CLC	ISA	Solicitud de Interconexión Eléctrica S. A. E.S.P. para la posible adquisición de acciones del Consorcio Transmantaro S. A.	Autorizada con condiciones
10	058-2009/CLC-Indecopi	Enel	Solicitud de Enel S. P.A. para la adquisición del control exclusivo sobre Endesa S. A. y a través de esta sobre Edegel S. A. A., Empresa Eléctrica de Piura S. A. y Edelnor S. A. A.	Autorizada
11	082-2009/CLC-Indecopi	Else	Solicitud de Electro Sur Este S. A. A. (ELSE) para la transferencia de la Central Hidroeléctrica Hercca de propiedad de Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S. A. – EGEMSA a propiedad de ELSE.	Improcedente
12	027-2011/CLC-Indecopi	Sempre	Solicitud de Sempra Energy International Holdings B.V. para el control exclusivo sobre Luz del Sur S. A. A., Empresa de Distribución de Cañete S. A. y el proyecto de generación Central Hidroeléctrica Santa Teresa.	Autorizada
13	007-2014/CLC-Indecopi	Kallpa	Solicitud de Kallpa Generación S. A. para la adquisición de la Central Térmica Las Flores, de propiedad de Duke Energy Egenor.	Autorizada
14	034-2014/CLC-Indecopi	Enersis	Solicitud de Enersis S. A. para la adquisición del 100% de las acciones de Inkia Holdings (Acter), titular indirecto del 39% de Generandes Perú S. A., que a su vez es titular del 54,20% de las acciones emitidas por Edegel S. A. A., siendo esta última titular del 80% de las acciones de Chinango S. A. C.	Autorizada
15	039-2014/CLC-Indecopi	Duke	Solicitud de Duke Energy Egenor Sociedad en Comandita por Acciones para la adquisición de la Central Hidroeléctrica Las Pizarras de titularidad de la Empresa Eléctrica Río Doble S. A.	Inadmisible
16	038-2017/CLC-Indecopi	Cube	Solicitud de Cube Renewables Iberia S. L. U. para la adquisición de los derechos políticos del 51% de las acciones de GTS Majes S. A. C. y de GTS Repartición S. A. C., que posee actualmente Grupo T-Solar Global S. A.	Autorizada

17	001-2018/CLC-Indecopi	ATN	Solicitud de ATN S. A. para la adquisición del 100% del capital social de Hidrocañete S. A.	Autorizada
18	027-2018/CLC-Indecopi	ISQ	Solicitud de ISQ Global Fund GPGP, LTD. y ISQ Global Fund II GP, LLC. para la adquisición del 100% de las acciones de Inkia Americas, principal accionista de Inkia Americas Holdings Ltd., titular del 100% de acciones de IC Power Holdings (Kallpa) Ltd., quien a su vez es titular del 74,84% de las acciones de Kallpa y Samay I.	Autorizada
19	007-2019/CLC-Indecopi	Nautilus	Solicitud de Nautilus Inkia Holdings LLC para la adquisición del 25,16% de las acciones de las empresas peruanas Kallpa Generación S. A. y Samay I S. A.	Autorizada
20	019-2019/CLC-INDECOPI	Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P.	Solicitud de Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P.	Improcedente

Fuente: Indecopi al 2 de diciembre de 2019.

Efectivamente, del universo de operaciones de concentración empresarial que se presentan ante la autoridad, casi todas se aprueban. La misma situación acontecida en Perú se presentó en otras latitudes. En Europa y Estados Unidos, el porcentaje histórico de operaciones de concentración empresarial denegadas oscila entre uno y dos por ciento. Nuestro país vecino, Colombia, presenta una estadística de 592 solicitudes de operaciones de concentración empresarial, de las cuales se aprobaron las 592, entre 1992 y 1999¹¹⁷. En México, entre los años 1993-2004, solo el 1% de las operaciones de concentración empresarial fueron objetadas (Miranda, Gutierrez y Barrera, 2014). Así pues, ¿será necesario implementar y mover toda esta maquinaria a fin de tener una regulación que prácticamente no niega las solicitudes de autorización?¹¹⁸

Un argumento relevante es el que señala que, en una regulación de esta naturaleza, las empresas tendrán que realizar sus exámenes y análisis *ex ante*. Es decir, antes de presentar su documentación, las empresas posiblemente hayan tenido asesoría legal financiera. Así pues, aquellas que obtuvieron una opinión desfavorable de sus expertos, no se presentarán ante la administración. Por el contrario, aquellas que obtuvieron la venia de sus especialistas, presentarán sus solicitudes antes la autoridad, donde normalmente, si se

¹¹⁷ Información citada por Francisco Reyes Villamizar en “Derecho Societario”, Tomo II, *Temis*, Bogotá, 2002, p. 135.

¹¹⁸ De 4200 operaciones de concentraciones empresariales notificadas en la Unión Europea entre 1990 y 2009, solo 20 fusiones fueron denegadas, es decir, 0,5%. Entre enero de 1990 y marzo de 2012, se recibieron 4925 notificaciones. Un 3% de estas pasaron a la segunda fase y solo un 0,4% fueron denegadas. Mientras tanto, en EE. UU. de las 15,730 operaciones de concentración empresarial notificadas a la Federal Trade Commission (FTC) o a la U.S. Department of Justice (DOJ) entre los años 2000 y 2010, solo un 4,8% paso a segunda fase (*second request*) y 0,4% fueron observadas por su potencial riesgo a la competencia. Ver: Kwoka, Jr. “Does Merger Control Work? A Retrospective on U.S. Enforcement Actions and Merger Outcomes”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, 2013.

realizó un trabajo previo de manera seria, no habrá ningún problema para obtener la autorización¹¹⁹.

Por otro lado, se encuentra lo que comúnmente se denomina como la “teoría del extintor”. Es decir, “más vale tenerlo y no necesitarlo, que necesitarlo y no tenerlo”. En tal sentido, se argumenta que las operaciones de concentración empresarial normalmente son autorizadas, pero puede llegar alguna que podría causar un gran daño al mercado, por ende, a los consumidores. Así sea una sola, el perjuicio ocasionado podría ser verdaderamente significativo, incluso, afectando a otros sectores. Por tanto, se recomienda tener un seguro a fin de evitar tales efectos nocivos.

3.2.2 ¿Regulando supuestos ya atendidos?

Todos coincidimos que, dentro de las políticas del Estado, la promoción de la competencia resulta ser uno de sus grandes ejes, porque esta genera bienestar social a los ciudadanos. En concordancia con esto, las políticas de competencia deben orientarse a impedir la pérdida de eficiencia social ocasionada por comportamientos estratégicos anticompetitivos. Al respecto, tenemos una regulación que sanciona las prácticas colusorias (verticales y horizontales), así como, el abuso de posición de dominio.

De esta manera, ¿una operación de concentración empresarial sobre qué pretende regular? Pues va a tratar de anticiparse a posibles hechos anticompetitivos en el futuro que podrían afectar a los consumidores. Los detractores de la implementación de la regulación se refieren a este hecho como un “acto de adivinación”.

Asimismo, se sostiene que no resulta necesario presumir efectos negativos a futuro en el mercado producto de una operación de concentración empresarial si se tiene regulada la figura de la sanción a las prácticas de abuso de posición de dominio. Así pues, no se realizará ningún acto de “adivinación” sino que la administración se pronunciará sobre un acontecimiento seguro, donde será perfectamente comprobable los efectos que se hayan producido en el mercado.

¹¹⁹ Somos conscientes que respecto a este argumento no existe la posibilidad de realizar una comprobación práctica.

De este modo, se argumenta que, si se cuenta con la regulación de prácticas anticompetitivas en la modalidad de abuso de posición de dominio, para qué regular el mismo supuesto con una norma más cara de aplicar y sobre hechos que no son verificables en el momento de su aplicación. A eso sumamos que pronunciarse respecto a una conducta de manera *ex ante* incrementa la posibilidad de error que pronunciarse de manera *ex post*.

Por otra parte, un argumento que se señala a favor de la regulación es que se controlaría un posible efecto negativo a futuro en el mercado. No obstante, surge el siguiente cuestionamiento: hay evidencia de empresas que se fusionan y fracasan. Estas empresas tienen toda la información relevante y los incentivos para que su operación de concentración funcione y les sea rentable. Entonces, ¿cómo así un funcionario que no tiene ni los incentivos de las empresas ni toda la información podrá anticipar una consecuencia a futuro? Es decir, una labor que ni las mismas empresas pudieron cumplir.

No obstante, los críticos señalan con respecto a este argumento que es preferible evitar un daño antes que este produzca efectos negativos al mercado (muchas veces insubsanables). Resulta más eficiente tener una labor previsoras que reparadora, se indica.

Asimismo, los costos de aplicar una medida que repare de alguna manera el proceso competitivo resultarían más onerosos que tener un mecanismo que se haya anticipado a tal daño. Resulta mucho menos costoso evitar una operación de concentración empresarial, en lugar de una que deba revertirse después de efectuada.

Así pues, creemos que la discusión debería enfocarse en si existen o no otros mecanismos alternativos al control de operaciones de concentración empresarial que cumplan con el mismo objetivo: velar por la promoción de la competencia en búsqueda del bienestar social de los consumidores. Si no encontramos un mecanismo alternativo para resguardar el bienestar social frente a una operación de concentración empresarial, bienvenida la fusión.

3.2.3 Mercado poco profundo

Como bien sabemos, la economía peruana es una economía en desarrollo, pues los mercados que la conforman son poco profundos. Esto puede deberse a que no contamos

con los grandes conglomerados empresariales de otras latitudes ni las empresas transnacionales que se disputan mercados a nivel mundial (Jimenez, 2010).

Muchos señalan que es importante tomar en cuenta que tenemos un mercado en desarrollo y tendríamos que permitir que las empresas se sigan consolidando a fin de que realmente puedan ser competitivas a nivel internacional. En tal sentido, se señala que la finalidad de una política estatal debería ser la de promover el desarrollo y no frenarlo.

En la misma línea, se argumenta que uno de los factores que puede dinamizar la economía nacional es la inversión extranjera. Así pues, el ingreso de grandes capitales de inversión en diversos mercados nacionales contribuye a mejorar el bienestar social de la población.

En ese sentido, un sistema de control de concentraciones empresariales claramente podría alejar a potenciales inversionistas del Perú. Esto debido a que el inversionista busca maximizar ganancias a través de la expansión de sus empresas y si existe un control sobre las políticas de expansión de sus negocios es evidente que buscará nichos de mercado más amigables en otros países.

Una postura menos dramática podría estar asociada al análisis de requisitos y controles que llevan a cabo los inversionistas. Estos realizarán una suerte de *checklist* de todos los trámites y requisitos que deberán cumplir para establecerse en el Perú, así como, un control de operaciones de concentración empresarial. Sin embargo, aunque esto no los ahuyente como algunos señalan, encarecerá la operación y la demorará un tiempo más.

Frente a ello podríamos presentar el argumento opuesto. En la mayor parte del mundo, el control de operaciones de concentración empresarial se encuentra institucionalizado. Para los inversionistas extranjeros no sería una novedad. Si a lo que se apunta es ver al Perú como una suerte de “paraíso fiscal”¹²⁰, no deberíamos estar interesados en esa clase de empresas.

¹²⁰ Un paraíso fiscal (“*tax haven*”) es un territorio o Estado que se caracteriza por aplicar un régimen tributario con condiciones ampliamente favorables a los ciudadanos y empresas no residentes que se domicilien a efectos legales en el mismo. Dentro de las principales ventajas que otorgan los paraísos fiscales se encuentran las de una exención total o una reducción muy significativa en el pago de los principales impuestos, así como la salvaguarda del secreto bancario.

Por otro lado, si la idea del inversionista es evitar controles a las operaciones de concentración empresarial, ese escenario claramente le puede jugar en contra. Así pues, nada impide que una vez establecido en el país, con sus operaciones desarrolladas e instaladas, sus competidores directos se concentren a través de una fusión empresarial sin regulación y terminen desplazándolo.

3.2.4 Los compromisos internacionales: Tratados de Libre Comercio (TLC)

El Perú, en el marco de la globalización y firmas de tratados de cooperación comercial internacional, requiere como obligación que se implemente un control a las operaciones de concentración empresarial. En tal sentido, esta postura se viene discutiendo hace ya varios años. Así pues, en el marco de un encuentro de la OCDE (2005) ya se señalaba lo siguiente:

Es el momento de dejar de lado el discurso especulativo y colocar al país a tono con la legislación mundial. Esta exigencia es, además, una necesidad en el momento en que la política comercial peruana se encamina a la firma de distintos tratados de libre comercio, con los cuales nuestra economía estará expuesta a la acción económica de grandes grupos de inversión que, a su vez, están sometidos en sus países a mecanismos similares al que se pretende implementar en el Perú (p. 570).

Luis Diez Canseco (2012) señala que los Tratados de Libre Comercio que ha suscrito Perú con la Unión Europea¹²¹, con Japón¹²² y con Corea del Sur¹²³ tienen dos tipos de condiciones: explícitas e implícitas. Asimismo, dentro de las condiciones explícitas, señala que en el Capítulo de Propiedad Intelectual del Tratado con la Unión Europea se hace alusión a la obligación de realizar notificaciones para las operaciones de concentración empresarial.

De igual modo, indica que en los Tratados de Libre Comercio con Japón y Corea del Sur, se hace referencia a que la libre competencia tiene tres componentes: (i) prácticas colusorias, (ii) abuso de posición de dominio y (iii) control de fusiones y concentraciones.

¹²¹ En el marco de la Sesión N° 3170 del Consejo de la Unión Europea, llevada a cabo el 31 de mayo de 2012, se aprobó la firma y aplicación provisional del Acuerdo Comercial entre la UE – Perú y Colombia.

¹²² El Acuerdo de Asociación Económica (AAE) fue suscrito entre Perú y Japón el 31 de mayo de 2011 y está vigente desde el 1 de marzo de 2012.

¹²³ El Acuerdo de Libre Comercio (ALC) entre el Perú y Corea fue suscrito el 21 de marzo de 2011 en la ciudad de Seúl-Corea por el Ministro de Comercio Exterior y Turismo, Eduardo Ferreyros, y el Ministro de Comercio de Corea, Kim Jong-Hoon. El mismo que se encuentra vigente desde el 1 de agosto del 2011.

No obstante, ante lo referido en el párrafo anterior, Alejandro Falla Jara (2012) señala que no se deben interpretar de ese modo los tratados (citado en Diez Canseco et al., 2012). Sea cual sea la lectura que se le puede otorgar a los tratados, también debemos de ser conscientes que las decisiones políticas deben ir de la mano con el bienestar social. Cualquier otra interpretación sería perjudicial para el país. Es claro que la mayoría de países tienen en sus ordenamientos una regulación de operaciones de concentración empresarial, sin embargo, ese no debe ser un argumento *per se* para que nosotros la implementemos.

3.2.5 Mercados fragmentados vs. colusión

Como sabemos, un mercado concentrado es aquel con pocas empresas que participan en este. El mercado está copado por importantes agentes económicos con economías de escala y alcance significativas, que poseen grandes capitales y movilizan una ingente cantidad de recursos. Generalmente, la industria de aviación comercial, farmacéutica, ferroviaria, la banca y telecomunicaciones son sectores que evidentemente tienden a la concentración. En este tipo de industrias, las estrategias de las compañías tienen un efecto significativo sobre la posición competitiva de las demás y pueden modificar la estructura del mercado. Además, la intensidad competitiva entre ellas suele ser elevada pero también hay cierto peligro de colusión. Claramente las acciones de una repercuten en las otras, como en el precio.

Por el contrario, un mercado fragmentado es aquel que se presenta cuando existe un gran número de empresas (normalmente medianas y pequeñas) y ninguna de ellas tiene una participación significativa en el mercado, de modo que es necesario acumular los volúmenes de ventas de varias de ellas para obtener una cuota de mercado significativa. Podemos señalar que la característica principal de un mercado fragmentado es que las actuaciones y estrategias desarrolladas por las diferentes empresas no afectan a la posición competitiva de las demás ni modifican la estructura del sector. En este tipo de mercados, las empresas persiguen más una estrategia de diferenciación que de liderazgo en precios. En un mercado fragmentado, las estrategias de colusión se hacen muy complicadas de implementar.

Adicionalmente, señalamos que con la implementación de un control de operaciones de concentración empresarial se podría caer en la tentación de preferir mercados fragmentados en diversos sectores, aunque estos fueran ineficientes y poco productivos, en

vez de optar por empresas integradas que garanticen procesos productivos eficientes y dinámicos.

Nos ahorraríamos la supervisión de abusos de posición de dominio de las grandes empresas concentradas y, por el contrario, tendríamos mercados atomizados, supuestamente, altamente competitivos. Asimismo, mitigaríamos el riesgo de comportamientos colusorios.

No obstante, creemos que el resultado de impedir o restringir las operaciones de concentración empresarial, lejos de ser el esperado, podría generar un contexto con empresas ineficientes, poco productivas, no sostenibles económicamente en el tiempo, y por supuesto, no competitivas en estándares internacionales.

Este efecto perverso podría combatirse con umbrales de notificación debidamente establecidos donde solo la administración deba pronunciarse por las grandes operaciones de concentración empresarial. Asimismo, las pequeñas y medianas empresas podrían concentrarse sin perjudicar el proceso competitivo y sin tener que pasar por la aprobación de la autoridad administrativa.

Por otro lado, si las empresas resultan ser ineficientes, lejos de favorecer al mercado lo perjudican. De nada sirve mantener agentes económicos que no tengan réditos, pues es mejor optar por una liquidación empresarial ordenada. Ya el Derecho Concursal en el Perú definió como su principal objetivo la recuperación del crédito, mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor. Es decir, promover la reestructuración patrimonial de empresas viables y liquidar ordenadamente las inviables¹²⁴. En tal sentido, un control de operaciones de concentración empresarial no debería distorsionar el destino de las empresas, sea cual fuere este.

¹²⁴ Para más información se recomienda revisar: Bullard González, Alfredo. "Cambiando estructuras: cultura empresarial y reestructuración patrimonial". En: Mesa Redonda con Douglas G. Baird, Alfredo Bullard González y Gonzalo de las Casas Salinas. *Ius et Veritas - Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. N°21. Año X. Noviembre de 2000. Lima, Perú. pp. 287-292. Ezcurra Rivero, Huáscar. "El Estado Contraataca. La múltiple personalidad de un sistema concursal de ficción". En: *Themis - Revista de Derecho* N° 45. Diciembre de 2002. Lima, Perú. p. 155. Castellanos Sánchez, Luis Fernando. "Mentiras Verdaderas sobre el Derecho de los Incurables. La Naturaleza del Derecho Concursal, Principios y Objetivos Aplicados en la Ley General del Sistema Concursal". En *Gaceta Jurídica - Actualidad Jurídica*, en la Sección Actualidad Mercantil. Tomo N° 141. Agosto de 2005. Lima, Perú. pp. 269 y ss.

Finalmente, podemos sumar al análisis un elemento importante: la probabilidad de detección de cárteles y su relación con las colusiones. Al respecto, se puede afirmar que, ante mercados con pocos competidores y una probabilidad de detección alta de una colusión, el “segundo mejor” podría ser una operación de concentración empresarial (el caso farmacéutico, por ejemplo). Así pues, una mejora de la probabilidad de detección de los cárteles (por incremento de presupuesto a la agencia de competencia o mejoramiento de la legislación) aumentará el número de operaciones de concentración empresarial.

No obstante, una vez concentradas las empresas y habiendo reducido el número de competidores en el mercado, y dado que el “primer mejor” para ellas es la colusión, habrá un mayor riesgo a la materialización de una práctica anticompetitiva post operación. Por lo tanto, ante el escenario de mayores posibilidades de detección de cárteles y la generación de más operaciones de concentración, el riesgo de colusión no desaparece, simplemente se difiere en el tiempo (García, Paz y Miño & Torrens, 2018).

3.2.6 La informalidad del mercado de trabajo

El Perú sufre, entre otros males endémicos, el de una gran tasa de informalidad en el sector de trabajo. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la informalidad afecta a cerca de un 60% de los trabajadores, constituyéndose en una de las tasas más elevadas de América Latina (Programa País OCDE, 2016).

Si tenemos una normativa laboral desfasada y que les representa a los empresarios formales altos costos de transacción, una regulación respecto al control de operaciones de concentración empresarial podría incrementar estos costos, con lo cual podría incidir negativamente en el aumento de la tasa de informalidad de las empresas.

Por todo lo anterior, creemos que la informalidad de las empresas debe ser mitigada con regulaciones eficientes sin reforzar los incentivos para permanecer en la informalidad, o lo que es peor aún, crear incentivos para desplazarse de la formalidad hacia la informalidad.

De alguna manera, también se puede considerar que no debería ser una gran preocupación este punto, puesto que las empresas que concentran grandes capitales son formales y gozan

de espaldas financieras importantes. Nuevamente, el tema estaría atendido con una correcta aplicación de los umbrales de notificación.

3.2.7 Diversificación productiva

Casi la mitad de los trabajadores peruanos participan en los dos sectores menos productivos del Perú: el sector agrícola y el sector de hostelería y comercio¹²⁵. Si queremos un país que tenga como meta el aumento de su diversificación económica hacia sectores donde las ganancias o potenciales ganancias de productividad sean mayores, será necesario fomentar la competitividad.

Así pues, a fin de reducir la brecha de producción del Perú se requiere más y mejor investigación y desarrollo, así como, una difusión y publicidad efectiva de los conocimientos. En tal sentido, un control de operaciones de concentración empresarial podría frenar este tipo de iniciativas al constituirse una barrera costosa para las empresas.

Se especula que este control podría constituirse en un desincentivo a la conformación de grandes conglomerados que busquen incursionar en sectores diferentes a los tradicionales. Al respecto, las empresas buscarán siempre mejores oportunidades de negocio a los menores costos posibles. Por otra parte, las operaciones de concentración empresarial pueden constituir una gran alternativa para que estas generen más ganancias, no obstante, una regulación podría frenar esta opción.

En definitiva, si bien un control sobre las operaciones de concentración empresarial podría constituirse en un costo y barrera para las empresas con intenciones de agruparse, la política de Estado debe apuntar a reducir otro tipo de barreras: arancelarias, trámites administrativos poco claros, demoras innecesarias, falta o poca claridad en la información, entre otras.

¹²⁵ *Ibidem*.

3.3 La información como elemento esencial de la regulación del control de operaciones de concentración empresarial

En toda sociedad, la información es trascendental para tomar decisiones a todo nivel. Resulta evidente que, sin acceso a esta, nuestras posibilidades de equivocarnos al momento de adoptar una decisión se incrementan.

Cuando debemos implementar una norma, la disposición de evidencia, antecedentes, data, entre otras, resulta fundamental para lograr que esta cumpla sus objetivos, caso contrario, el remedio podría ser peor que la enfermedad.

En ese sentido, la información que se requiere para la implementación del control mencionado resulta indispensable para calcular los efectos de una regulación de esta naturaleza, así como, para realizar un trabajo de administración y supervisión una vez puesta en marcha.

Ahora, la información que se requiere en regulaciones de esta naturaleza obedece a ciertos parámetros. Esta debe ser confiable, oportuna, completa, actualizada y de fácil acceso. De lo contrario, estaríamos en el mismo escenario que si no tuviéramos la información.

Asimismo, se debe cuidar el tema de los incentivos para facilitar la información correcta, pues si la regulación no se encuentra bien diseñada se podrían generar los incentivos para falsear la información, remitirla parcialmente o simplemente no entregarla.

3.3.1 El acceso a la información para determinar el impacto de la regulación

Creemos que una política regulatoria en el Perú, para controlar las operaciones de concentración empresarial tiene en sí misma una gran debilidad: carece de evidencia sistematizada, a nivel nacional, sobre los resultados que esta podría tener. Por eso, el Estado debe basar sus decisiones en una planificación estratégica que se sostenga en evidencias, resultados comprobados y análisis sólidos que resistan cuestionamientos a todo nivel. Es claro que el control de operaciones de concentración empresarial no lo tiene.

De igual forma, una decisión de esta naturaleza debe pasar por un enfoque a nivel de todo el gobierno, tanto para la generación y uso de la data, como para incluir en el análisis, el

nivel presupuestal que se requiere para implementar esta política y mantenerla de manera efectiva en el tiempo. Estamos lejos de tener un Estado articulado por sectores que permitan el despliegue de una política de esta naturaleza. Este factor resulta aún más preocupante si consideramos que para las políticas de competencia se necesita el procesamiento de mucha información confiable.

La OCDE ha señalado que el Derecho de la Competencia es sofisticado, desafiante y complejo. Además, hace hincapié en que el análisis se complica en el control de operaciones de concentración empresarial e indica que las agencias de competencia se basan en estadística, econometría u otras avanzadas técnicas cuantitativas para el análisis de concentraciones complejas. En el mismo sentido, señala que estas técnicas requieren de una cuidadosa recolección de datos y procesos sistemáticos, para lo cual se utiliza una vasta cantidad de información (ya sea recolectada por la misma agencia a través de datos del mercado, encuestas, etc.) o requerida a las mismas empresas. El análisis se complica cuando se trata de industrias nuevas o de alto grado tecnológico, pues muchas veces las agencias de competencia no cuentan con experticia técnica e información al respecto¹²⁶.

Así, por ejemplo, en el caso presentado ante la Comisión de la Unión Europea: operación de concentración entre General Electric Company y Honeywell International Inc. se remarcó la importancia de la evidencia económica. En tal sentido, se dijo que “la Comisión podría producir evidencia convincente sustentándose en los efectos Cournot solo si se demuestra su aplicabilidad al caso específico”¹²⁷. A lo que Hildebrand (2008) complementó: “de acuerdo con la Corte la mera discusión de modelos económicos no es suficiente. La Corte dejó claro que la aplicación de esos modelos a la realidad debe ir junto con los estudios empíricos apropiados. Conclusiones convincentes solo pueden ser obtenidas si la aplicación de las teorías a un caso específico está dada” (p. 512).

Por lo tanto, la principal crítica a esta regulación será la inexistencia de información sistematizada que permita a la autoridad tomar decisiones con la firme certeza que la data en la cual basa su decisión es la correcta. A fin de salvar este punto podríamos realizar un trabajo de investigación de cómo ha funcionado el sector eléctrico. Si este finalmente se vio afectado por tener una regulación sobre las operaciones de concentración empresarial y

¹²⁶ Para más información ver: OECD. *Managing Complex Mergers*. (2007). pp. 7-8.

¹²⁷ Revisar: Caso T-2010/01, General Electric Company vs. Comisión. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005. p. 462. Unión Europea.

finalmente, realizar un observatorio de precios y calidad del servicio. Este trabajo debería abarcar un espacio temporal desde antes de la norma hasta la actualidad. No obstante, de manera más general, podemos afirmar que el sector eléctrico sí ha venido creciendo de manera importante, aunque un control de operaciones de concentración empresarial podría frenarlo.

En los últimos 20 años, la producción de electricidad aumentó 186% hasta alcanzar 48.3 miles de GWh en el año 2015. Así pues, la mayor generación eléctrica para el uso de la población y empresas ha permitido que el Perú mantenga un ritmo de crecimiento sostenido durante la última década (Osinermin, 2016). Este mismo elemento lo vuelve a ratificar el señor Jorge Luis Montesinos Córdova, en su calidad de gerente de Políticas y Análisis Económico de Osinermin, durante una mesa de trabajo llevada a cabo en el Congreso de la República, en donde sostuvo que no se desincentivó el desarrollo de las empresas del sector eléctrico con el control de operaciones de concentración empresarial vigente. Incluso señaló que puede haber ayudado a disciplinar el mercado.

Asimismo, agregó que de la experiencia de Osinermin monitoreando el mercado eléctrico, se habían formado cuadros de profesionales especializados a los que emitir opiniones técnicas respecto a las operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico, y a quienes no les causaba mayores inconvenientes. La preocupación podría radicar en abrir la norma a otros sectores donde no haya existido un monitoreo, información al respecto y no se cuente con los especialistas de esos mercados. En ese caso, el remedio sí podría ser peor que la enfermedad, como podemos apreciar en una mesa de trabajo gubernamental (Congreso de la República del Perú, 2017).

De lo anteriormente descrito, lo primero que se podría indicar es que el sector eléctrico es un sector específico con características especiales. Tenemos una industria relativamente ordenada y un regulador que hace muchos años realiza su tarea. Asimismo, siempre tendremos la experiencia internacional. Sin embargo, ¿qué pasaría al estudiar otras industrias en el Perú? Queda claro que no tendríamos las mismas evidencias.

Así pues, no existe abundante data en el Perú y por ello se deben buscar los mecanismos para poder acceder a información relevante. Es cierto también que las posibilidades de cometer un error en un caso de control de estructuras terminan siendo más elevadas que en

un caso de control de conductas, pero también consideramos que los perjuicios de una operación de concentración empresarial dañina para el mercado podrían ser exponencialmente superiores que en una conducta anticompetitiva, donde impere el abuso de posición de dominio o colusión (vertical u horizontal).

Cabe agregar que este es un aspecto común a todas las regulaciones sobre cualquier fenómeno económico social. Como hemos podido advertir, la información es vital para regular y no siempre la tendremos disponible, sin embargo, resulta cierto que también existirán mecanismos para obtenerla, más aún en una época donde la tecnología de la información tiene tantos avances.

3.3.2 *With a little help of my Friends*, la colaboración inter institucional

El control de operaciones de concentración empresarial debe recopilar información no solo a nivel de la institución competente que tiene a cargo los procedimientos, sino a un nivel transversal con otras instituciones, así como, con distintos estamentos del Gobierno.

En tal sentido, juega un rol muy importante en los análisis de los efectos de las operaciones de concentración empresarial la data que podría proporcionar la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (Sunat), los Ministerios de Economía y Finanzas (MEF), Producción (Produce), Comercio Exterior y Turismo (Mincetur), entre otros actores involucrados.

Lamentablemente, no todos tienen la información actualizada, sistematizada y procesada, con lo cual los análisis de los efectos por parte de la autoridad podrían estar incompletos y llevar a conclusiones parcialmente equivocadas. Asimismo, no se cuenta con información en plataformas informáticas, y si en caso exista alguna, estas muchas veces no resultan compatibles entre instituciones.

La promoción de la competencia, y dentro de esta, la implementación de un control de operaciones de concentración empresarial podría ser el punto de partida para tener un Estado integrado a través de las herramientas de Tecnología de la Información y Comunicaciones (TIC). Al respecto, ya existen esfuerzos como la Ventanilla Única de Comercio Exterior, el Sistema Integrado de Trámite Documentario de la Reniec, Identificación y Registros Civiles, Antecedentes Judiciales, etc.

Como en el punto anterior, podemos señalar que la información será un elemento fundamental para la regulación. Puede que no existan mecanismos de rápido acceso o los agentes involucrados en el proceso no tengan los medios adecuados para procesarla. No obstante, toda regulación tiene un punto de partida y con él, un conjunto de acciones y reformas de carácter transversal. La modernización del Estado podría ser una de ellas.

3.3.3 Incentivos correctos. La información que poseen los administrados

Se trata de la información que necesita la autoridad para determinar si una operación de concentración empresarial generará el tipo de eficiencias que permitiría autorizar la obra, casi exclusivamente en poder de las partes involucradas en la operación económica en cuestión.

Al respecto, la regulación debe tener los incentivos correctamente alineados a fin de promover que los administrados provean información veraz, oportuna, completa, pertinente y actualizada.

Consideramos que la administración deberá tener la obligación de probar los efectos anticompetitivos que podría generar una operación de concentración empresarial en el mercado para poder denegarla, o en su defecto, imponerle condiciones. No obstante, por su parte, la regulación deberá generar los incentivos necesarios para que las empresas estén interesadas en probar fehacientemente las ganancias de eficiencia que se podrían generar a partir de su operación comercial.

Efectivamente, la crítica a la regulación parte porque no existirán mecanismos que le permitan a la administración acceder a toda la información que tienen las empresas. El correctivo sería generar los incentivos para que estas la presenten voluntariamente.

3.4 ¿La organización del Estado es compatible con una regulación sobre las operaciones de concentración empresarial?

De acuerdo con lo que podemos observar dentro del ordenamiento jurídico peruano, así como en las coordinaciones inter institucionales (a todo nivel del Gobierno), es que el Perú

carece de una política regulatoria que se maneje de forma integral. En ese sentido, la misma OCDE señala que a pesar de que el Perú cuenta con muchos elementos que podrían formar parte de una política regulatoria articulada, en la práctica, esto no sucede así (OCDE, 2016).

Basta con repasar los reglamentos de organización de funciones de los diversos ministerios, reguladores, agencias, entre otras entidades gubernamentales para tomar consciencia de que los programas y estrategias relacionadas con la política regulatoria se encuentran dispersos. Asimismo, encontramos que la labor de supervisión sobre estas también es deficiente debido principalmente a un defectuoso o inexistente marco legal acompañado de la falta de capacidad en términos de recursos humanos, administrativos, logísticos y de gestión.

Un detalle no menos importante es que las propuestas regulatorias o sus modificaciones son evaluadas en la Comisión de Coordinación Viceministerial (CCV) pero únicamente las que tienen impacto multisectorial. Esto quiere decir, que muchas políticas de corte regulatorio que son únicamente sectoriales son conocidas internamente. ¿Cómo homogenizar criterios técnicos económicos de corte regulatorio que se encuentran tan dispersos?

En ese orden de ideas, insertar al ordenamiento jurídico regulatorio una reforma que incluya el control de operaciones de concentración empresarial, en donde se tienen que articular esfuerzos en distintos niveles de gobierno, podría tener como principal escollo la falta de coordinación y distintas visiones del tema.

La homogenización de una política de control de operaciones de concentración empresarial entre todos los agentes económicos involucrados podría ser sumamente costosa, incluso operaciones comerciales podrían bloquearse o perjudicarse significativamente por demoras entre los distintos actores públicos.

En tal sentido, esta preocupación, lejos de ser un impedimento, podría ser el impulso que necesita la norma. El problema de desarticulación entre sectores es conocido. No obstante, si la promoción de la competencia es una política de Estado, se pueden abocar especiales esfuerzos para implementar de mejor manera la norma.

Asimismo, sabemos que el trabajo de evaluación no requiere la intervención de todos los sectores y al mismo tiempo. Efectivamente, habrá ocasiones en que se requiera información, pero no será la constante.

Por tanto, si bien existe una falta de integración normativa y una carencia de política regulatoria homogénea a nivel Estado, para efectos de la implementación de un control de operaciones de concentración empresarial podrían encontrarse alternativas para que este elemento no sea determinante.

3.5 Efectos pro competitivos del control sobre las operaciones de concentración empresarial

Toda regulación debe apuntar a crear bienestar social al mejor costo posible. Es decir, debe convertirse en la última alternativa del Estado para intervenir en los mercados. Así, tenemos que la regulación cuesta e impacta en el mercado. Por lo tanto, si tenemos alternativas disponibles, menos intrusivas, menos gravosas y por supuesto, más sencillas, una decisión eficiente sería optar por ellas.

De igual modo, la regulación debe ser subsidiaria a toda una gama de alternativas menos complejas y costosas, más rápidas de implementar, y por supuesto, que representen un mayor bienestar social. A continuación, analizamos cómo la implementación de un control de operaciones de concentración empresarial impacta en el mercado.

3.5.1 Carencia de una cultura regulatoria uniforme y eficiente

Como se adelantó en los párrafos precedentes, en el Perú no se encuentra un registro unificado que abarque la totalidad de normativa, regulaciones, trámites, requisitos exigidos por entidades, etc. Sabemos que para la autorización de una operación de concentración empresarial se deberán analizar escenarios económicos futuros. Por esta razón, si no se cuenta con un inventario jurídico nacional completo, menos se podrán calcular los efectos económicos sobre determinados sectores.

Es verdad que los efectos de una operación económica en el mercado no solo dependen de las variables monetarias y financieras. También está influenciada por la normativa que

regula el sector, de tal manera, que si no tenemos claridad sobre esta, menos vamos a poder calcular los efectos sobre el mismo.

Si actualmente el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA determina a las empresas pesqueras, mineras y eléctricas, límites máximos permisibles de emisiones contaminantes, es porque existen estudios científicos que respaldan estas medidas. De acuerdo con esto, tendremos la certeza de que cualquier actividad que sobrepase los límites impuestos por la autoridad estará afectando el medioambiente.

Por otra parte, en el control de operaciones de concentración empresarial no se presenta la misma situación, pues no tenemos la certeza de que los límites que se pretendan establecer estén afectando verdaderamente el mercado o el proceso competitivo.

En tal sentido, tenemos un sistema (OEFA) que basa su regulación en hechos ciertos y comprobables, así como, daños esperados que pueden ser verificables. En un control de operaciones de concentración empresarial se trabaja con ejercicios teóricos sobre supuestos efectos dañinos al proceso competitivo, no obstante, no existe certeza de que esto vaya a ocurrir.

Sin embargo, hay quienes señalan que existen mecanismos para comprobar que un control de las operaciones de concentración empresarial generará menores costos que la implementación del sistema y el mismo impacto en el mercado. Como dijimos en el punto anterior, el sector eléctrico podría ser un buen punto de partida. En su defecto, la experiencia internacional siempre se convierte en un buen referente.

En todo caso, podemos afirmar que este punto no ha sido pacífico en la discusión y que mucho dependerá del sector en el cual nos enfoquemos, dado que unos tendrán claramente más información que otros.

Asimismo, se afirma que no existe un punto de partida en cuanto a la información necesaria para la regulación. No obstante, si no existiera una línea de base, en algún momento se tendrá que comenzar a construir. Si bien la limitación de información podría ser una limitante importante para determinar posibles efectos en el mercado, lo cierto es que no siempre existió información en todos los mercados. La data se va construyendo,

actualizando, complementando, incluso ahora hay más mecanismos y dispositivos tecnológicos que pueden colaborar con esta tarea.

3.5.2 Prevenir antes que lamentar. La advertencia de los efectos dañinos para el mercado

A través de la implementación de un control de operaciones de concentración empresarial se podrían evitar anticipadamente los efectos negativos o aspectos restrictivos de la competencia en determinado mercado y en beneficio de los consumidores.

Sabemos que una de las principales tareas de una autoridad de competencia que se pronuncia sobre el control de operaciones de concentración empresarial consiste en determinar si la operación tendría la capacidad para restringir indebidamente la libre competencia en los mercados afectados. En ese sentido, a través de la regulación se pretende distinguir entre las operaciones anticompetitivas y las pro competitivas, con el objetivo de bloquear o modificar las primeras (Ezrachi, 2010).

Cuando se considere que los efectos negativos podrían ser perjudiciales para el proceso competitivo, se podría evitar la imposición de remedios o condiciones, mediante la prohibición de la operación de concentración empresarial. Así pues, cuando existan efectos negativos para la competencia que se deriven de una operación de concentración empresarial, pero también se desprendan eficiencias de la misma, podrían autorizarse las operaciones con ciertas salvaguardas para el proceso competitivo. En tal escenario, se permitiría la operación comercial resguardando que la misma no perjudique el bienestar social.

Respecto a lo anterior, el efecto más claro de una operación de concentración empresarial es la reducción de la competencia. Así, al disminuir el número de agentes económicos que compiten en un mercado como resultado de una operación de concentración empresarial, en especial en aquellos mercados con elevadas barreras de entrada y con una estructura oligopólica, se incrementa el riesgo de que se presenten prácticas colusorias.

La teoría del oligopolio, así como la teoría de la acción colectiva llegan a la misma conclusión: a medida que hay menos agentes en el mercado, existe menos competencia. Con esto, se incrementa el riesgo de una práctica colusoria.

No obstante, si bien la teoría económica refiere que una reducción del número de empresas en el mercado podría facilitar la colusión, también podríamos señalar que esto solo es cierto en el caso de empresas simétricas. Es decir, si se trata de una operación de concentración empresarial de empresas con participaciones en el mercado similares. De lo contrario, si una operación comercial genera un incremento sustantivo de una empresa frente a sus rivales, este riesgo colusorio desaparece.

Por otro lado, José Távora Martín (2012) señala que las operaciones de concentración empresarial provocan efectos negativos, porque estas reducen la competencia, y por tanto, los incentivos para ser eficiente. Es así que, la teoría económica sostiene que en un escenario con poca competencia los precios tienden a elevarse con un consecuente impacto negativo en la eficiencia de la asignación, así como, un aumento de costos debido a la menor eficiencia en la producción. Si bien también reconoce que podrían presentarse efectos positivos producto de las sinergias generadas por las concentraciones empresariales, con la consiguiente integración de activos y reorganización de procesos, no se encuentra convencido que estos beneficios vayan a superar los costos de una disminución en la competencia en el mercado. Además, es importante tener claro que las empresas no buscan maximizar la eficiencia, sino que persiguen maximizar sus ganancias (citado en Díez Canseco et al., 2012).

Por el contrario, también le podríamos dar la vuelta a este argumento si traemos de ejemplo a Finlandia. Este es un país altamente desarrollado que basó su economía prácticamente en el desarrollo de una sola empresa en el rubro industrial: Nokia Corporation. Esta empresa produjo el crecimiento del 25% del PIB de Finlandia entre los años 1998 y 2007 permitiendo que la renta per cápita casi se duplicara (*El Confidencial*, 2016).

Esta dualidad de posiciones en este punto nos lleva a concluir lo que sostiene Motta (2004) respecto a la evidencia de si es beneficiosa o no una operación de concentración empresarial. El autor señala que no existe evidencia empírica que nos indique que una operación de esta naturaleza ha sido beneficiosa o perjudicial para el bienestar social.

Algunas veces, puede que los empresarios hayan sobredimensionado las eficiencias obtenibles o sus capacidades para gestionar las empresas adquiridas, asimismo, puede haber discrepancias entre los accionistas y su plana ejecutiva (gerentes y directores). De esta forma, mientras los primeros podrían apuntar a una maximización de las utilidades, los segundos podrían orientar sus esfuerzos a un crecimiento del tamaño de la empresa, diversificación productiva, etc.

Finalmente, siempre se podrá poner sobre la mesa lo que sostenía Bork (1978): “no existe razón para que la ley fuerce a los consumidores a esperar por la creación de eficiencias mediante el crecimiento interno cuando las concentraciones empresariales pueden crearlas más rápido (p. 222).

3.5.3 Afectación a mercados vinculados

En algunos casos, podría presentarse la situación de que las operaciones de concentración empresarial que consoliden el poder de mercado de una empresa en determinado sector puedan extenderse hacia otros sectores. Así pues, podrían aparecer subsidios cruzados, ventas atadas, etc., como consecuencia de estas operaciones comerciales. Este fenómeno, conocido como *leveraging* podría ser otra razón por la cual se justificaría la regulación de un control de operaciones de concentración empresarial.

3.6 Cuando discriminar es bueno. No metamos a todos en el mismo costal

Como se puede suponer, las operaciones de concentración empresarial tendrán efectos distintos dependiendo de la estructura de mercado que comprenden. Así, los resguardos que deberá tomar una agencia de competencia en una fusión horizontal son distintos frente a una fusión de conglomerado.

En tal sentido, en el siguiente cuadro mostraremos una pequeña matriz que nos ilustrará respecto a los distintos tipos de operaciones de concentración empresarial y sus posibles efectos en el mercado. Cabe precisar que serán efectos de carácter bastante referencial, puesto que estos se deben calcular en cada caso en particular.

CUADRO 2

	Horizontal	Vertical	Conglomerado
Efectos positivos	<ol style="list-style-type: none"> 1) Favorece a las economías de escala. 2) Reduce costos de transacción. 3) Consolida empresas que pueden competir internacionalmente con entidades de mayor envergadura. 4) Probablemente se genera mayor rentabilidad, lo que impacta en las utilidades de la empresa. 5) Incrementa la recaudación para el Estado en la medida que aumentan los tributos. 6) Mayor estabilidad de la nueva entidad. 7) Mejora economía de alcance. 8) Aprovechamiento de sinergias empresariales. 9) Le genera al consumidor la sensación de estar comprando una marca con respaldo empresarial. 10) Mejora la eficiencia dinámica (capacidad de innovar) al permitirles acceder a mayor información y nuevas tecnologías. 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Favorece a las economías de escala. 2) Reduce costos de transacción. 3) Consolida empresas que pueden competir internacionalmente con entidades de mayor envergadura. 4) Probablemente se genera mayor rentabilidad, lo que impacta en las utilidades de la empresa. 5) Incrementa la recaudación para el Estado en la medida que aumentan los tributos. 6) Mayor estabilidad de la nueva entidad. 7) Mejora economía de alcance. 8) Aprovechamiento de sinergias empresariales. 9) Le genera al consumidor la sensación de estar comprando una marca con respaldo empresarial. 10) Elimina el “riesgo moral” (productor – proveedor, por ejemplo). 11) Ahorra márgenes del intermediario. 12) Mayor control sobre la calidad ofrecida. 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Favorece a las economías de escala. 2) Reduce costos de transacción. 3) Favorece al intercambio de tecnologías de industrias distintas. 4) Consolida empresas que pueden competir internacionalmente con entidades de mayor envergadura. 5) Probablemente se genera mayor rentabilidad lo que impacta en las utilidades de la empresa. 6) Incrementa la recaudación para el Estado en la medida que aumentan los tributos. 7) Mayor estabilidad de la nueva entidad. 8) Aprovechamiento de sinergias empresariales. 9) Se generan beneficios inter industrias para los consumidores. 10) Mejora la eficiencia dinámica (capacidad de innovar) al permitirles acceder a mayor información y nuevas tecnologías.

		<p>13) Asegura sus propias fuentes de suministro.</p> <p>14) Mejora la eficiencia dinámica (capacidad de innovar), al permitirles acceder a mayor información y nuevas tecnologías.</p>	
Efectos negativos	<p>1) Se generan barreras de entrada.</p> <p>2) Favorece a las concertaciones (efectos colusorios).</p> <p>3) Disminución de la competencia: aumento de precio, disminución de opciones para el consumidor.</p> <p>4) Posible generación o consolidación de una posición de dominio.</p> <p>5) Pueden generarse despidos masivos.</p> <p>6) Reducción de la calidad del servicio o producto.</p> <p>7) Posible pérdida de eficiencia social.</p>	<p>1) Se generan barreras de entrada.</p> <p>2) Control estratégico de insumos, incluso facilidades esenciales.</p> <p>3) Se generan escenarios para prácticas predatorias y ventas atadas.</p> <p>4) Pueden generarse despidos masivos.</p> <p>5) Reducción de la calidad del servicio o producto.</p>	<p>1) Se presentan subsidios cruzados entre industrias.</p> <p>2) Se generan escenarios para prácticas predatorias y ventas atadas (solo en caso exista posición de dominio previa en algún mercado involucrado).</p> <p>3) Se reduce la competencia potencial cuando la nueva empresa integra a competidoras.</p> <p>4) Pueden generarse despidos masivos.</p>

Fuente: Elaboración propia.

CAPÍTULO IV

LA REGULACIÓN DEL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN EL PERÚ, ¿VAMOS POR EL CAMINO CORRECTO?

En el presente capítulo abordaremos los aspectos que se deberían tomar en cuenta en el diseño de una regulación que controle las operaciones de concentración empresarial. Más aún, ahora que el Decreto de Urgencia N° 013-2019 dispone que el Ministerio de Economía y Finanzas deberá elaborar y publicar el reglamento del mencionado decreto de urgencia (Octava Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia).

En ese contexto, podemos empezar mencionando que en el Perú tenemos más de una decena de proyectos legislativos en la materia, un sinnúmero de artículos académicos que proponen recomendaciones y finalmente, posteriormente tuvimos un Texto Sustitutorio consensuado entre la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos y la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, que fuera aprobado por el Congreso de la República el 2 de mayo de 2019, sin embargo, a la vez, fue objeto de un recurso de reconsideración al advertirse una observación procedimental en el cuerpo legislativo que en su oportunidad bloqueó su aprobación. Actualmente, ya contamos con el Decreto de Urgencia N° 013-2019 que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial en el Perú.

Superado el debate expuesto en el capítulo anterior, el presente apartado pretende ser una propuesta que involucre recomendaciones de corte propiamente regulatorias a un sistema que controle las operaciones de concentración empresarial en el Perú, así como, la presentación de sugerencias a las fórmulas o diseños normativos que coadyuven a una norma jurídica acorde con los principios que rigen una economía de mercado. Creemos que una vez aprobada la norma debemos avocarnos a que ésta garantice un correcto y dinámico funcionamiento del proceso competitivo.

Al respecto, hemos creído conveniente agrupar en dos ejes temáticos nuestro análisis. Por un lado, el contenido mínimo que debería respetar una propuesta regulatoria en el tema en

cuestión, y, por otro lado, los estándares bajo los cuales se debe aplicar la norma. Por tanto, tendremos en este capítulo recomendaciones y observaciones reunidas bajo dos parámetros: (i) regulatorios en sí mismos y (ii) el control de operaciones de concentración empresarial como norma jurídica.

Hacemos hincapié en que, como cualquier clasificación, esta puede ser arbitraria y debido a ello, el lector puede encontrar que un punto también podría estar incluido en el otro eje temático, a diferencia de lo que el autor consideró. No obstante, el mensaje final es la formulación de mejoras en pos de una regulación eficiente.

4.1 Desde el punto de vista regulatorio

4.1.1 Autoridad competente

A todas luces la autoridad competente debería ser el Indecopi con sus órganos de línea especializados: la CLC y su Secretaría Técnica, como primera instancia, y la Sala especializada competente del Tribunal, como segunda instancia.

Como desarrollamos anteriormente, el origen del control de las operaciones de concentración empresarial tuvo lugar ante la preocupación de los Estados por el aumento de posición y poder de dominio de los agentes económicos en determinados mercados. Así pues, para evaluar los efectos y potenciales perjuicios de una operación de concentración empresarial, en primer término, se deberá definir el mercado relevante.

Este ejercicio —definición de mercado relevante— lo ha venido realizado el Indecopi desde sus inicios. Es decir, por más de 25 años ha trabajado en el perfeccionamiento de metodologías para definir correctamente el mercado relevante, pues esto es parte fundamental en la evaluación de casos de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias verticales (Figari, Gómez y Zúñiga, 2005). La única excepción sería Osiptel (para el caso de las telecomunicaciones), ya que ningún otro organismo realiza este trabajo.

En ese sentido, lo saludamos que se haya otorgado al Indecopi la competencia para que sea la institución encargada de tramitar las solicitudes de autorizaciones de operaciones de

concentración empresarial, incluso las del sector de las telecomunicaciones.

Por otra parte, no encontramos sentido en concederle competencia a los reguladores, porque si bien Osiptel ha venido atendiendo casos de libre competencia, esta ha sido una excepción, e incluso, a pesar del reducido volumen de carga procesal atendida, no ha estado exento de problemas. Esta división de facultades para casos de competencia entre Indecopi y Osiptel no ha sido pacífica como se pudo apreciar en el caso *Telecable contra Telefónica y Telefónica Multimedia*, así como, los terceros legitimados: *Turner Broadcasting System Latin America, Inc.* y la *Asociación Peruana de Televisión por Cable*¹²⁸. En este caso, pudimos apreciar las dudas que se generaron y, por supuesto, la demora en la atención del caso a partir de los conflictos de competencia. En una autorización de concentración empresarial, la demora podría ser tremendamente perjudicial para la operación.

Al respecto, delegar las operaciones de concentración empresarial en distintas instituciones genera la posibilidad de no contar con criterios homogéneos y elevar los costos de transacción en cuanto a la centralización de la información que se desprende del monitoreo de los mercados, dado que esto genera en el administrado mayores dudas sobre la autoridad ante la cual debe solicitar su autorización. Por esto, consideramos que la descentralización de esta competencia debilitaría el sistema¹²⁹.

Asimismo, si bien Indecopi puede tener profesionales con la suficiente capacidad profesional y técnica para evaluar estos temas. Este es el resultado de años de consolidación de equipos en la materia. Si las funciones se reparten entre otras instituciones, queda absolutamente claro que no se tendrá la misma experiencia y capacidad de análisis en comparación con la agencia de competencia.

Finalmente, el mercado se encuentra lleno de sectores especializados. Tenemos, por

¹²⁸ Se puede revisar la Resolución N° 013-2000-Indecopi/CLC del 31 de octubre de 2000 y el Informe N° 002-2003-Indecopi/CLC del 8 de abril de 2003 de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, así como, la Resolución N° 062-CCO-2000 del 21 de diciembre de 2000 del Cuerpo Colegiado Ordinario del Osiptel y el Informe 004-2003/GRE de la Gerencia de Relaciones Empresariales del Osiptel del 21 de abril de 2003, entre otros documentos.

¹²⁹ Se podría considerar, como parte de un estudio posterior, la evaluación de este tema comparando los casos en que Indecopi ha impuesto condiciones al proceso de concentración empresarial y el caso de autorización de transferencia de concesión derivada de la compra de Bellsouth por Telefónica Móviles. En ese ejercicio se podría realizar la comparación en cómo trató cada autoridad el caso, qué condiciones impuso, cuáles fueron las más pertinentes, cuáles fueron las más intrusivas, y a la luz del paso de los años, realizar una evaluación.

ejemplo, el sector financiero, salud, energético, telecomunicaciones, informático digital, etc. ¿Por qué a un sector se le daría competencia para la evaluación de las concentraciones empresariales y a otro no? A excepción de razones políticas, no encontraríamos justificación para que Indecopi no sea el ente rector que reúna la evaluación de todas las solicitudes de autorización para las operaciones de concentración empresarial.

Por tanto, busquemos un sistema unificado con normas claras, aplicadas en el mismo sentido (criterios transparentes y homogéneos), blindado de injerencias políticas y la “captura del regulador”, etc. Es lógico pensar que entre más centralizado se encuentre el sistema, habrá mayores oportunidades de destinar todos los recursos necesarios a esa sola autoridad administrativa.

4.1.2 El Poder Judicial como última instancia

Indecopi es una entidad administrativa. En tal sentido, cumple sus funciones de acuerdo con las facultades que le han sido expresamente otorgadas. Así, por ejemplo, se encuentra impedida de emplear la fuerza para el cumplimiento de las medidas que ordene (*coertio*) y además no puede emitir una decisión definitiva que ponga fin al conflicto (*iudicium*). De la misma manera, no tiene capacidad para hacer uso de la fuerza pública para ejecuciones forzadas con base en sus resoluciones (*executio*). Así, todas estas funciones que escapan a las competencias de cualquier autoridad administrativa son propias de la función jurisdiccional que ejerce el Poder Judicial.

En la misma línea, en el ejercicio de sus funciones, Indecopi debe observar el carácter vinculante de las decisiones judiciales, sin poder calificar sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances bajo responsabilidad¹³⁰, ni avocarse a causas pendientes

¹³⁰ Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Artículo 4.- Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso. Esta disposición no afecta el derecho de gracia.

ante el Poder Judicial¹³¹ (Agurto, 2018). En este orden, la Constitución Política establece que los actos administrativos que hubiesen quedado firmes podrán ser impugnados en el Poder Judicial¹³².

Por lo tanto, si una entidad administrativa implementa una regulación competente para controlar las operaciones de concentración empresarial en el Perú y resolver los procedimientos sin potestad jurisdiccional, siempre existirá el riesgo de que sus pronunciamientos sean revisados en el Poder Judicial mediante procesos contenciosos administrativos.

Como podemos deducir, este tema tiene gran importancia, pues sabemos las deficiencias y falencias del Poder Judicial. Así pues, los pronunciamientos de Indecopi que podrían ser técnicamente elaborados serían susceptibles de revisión y no siempre con criterios objetivos y técnicos, lo que pondría en grave riesgo a todo el sistema.

A excepción de un cambio en la Constitución Política, la única manera de mitigar los riesgos es fortalecer a la Gerencia Legal del Indecopi para que pueda defender de la mejor manera los intereses de la entidad. Por el momento, se viene realizando un gran trabajo. En enero de 2019, se informó que la Gerencia Legal logró concluir 1623 procesos judiciales durante el 2018, de los cuales 1542 fueron confirmados, lo que representa un porcentaje de éxito del 95% de las decisiones adoptadas por los diferentes órganos resolutivos de la institución (Indecopi, 2019).

Estos porcentajes brindan cierta tranquilidad, sin embargo, también es pertinente señalar que a nivel mundial entre el 98% y 99% de las operaciones de concentración empresarial se aprueban. No obstante, resulta necesario que exista una regulación de estas operaciones, porque los efectos de ese pequeño porcentaje restante que no se aprueban podrían ser muy

¹³¹ Constitución Política del Perú

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.
2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. (...)

¹³² Constitución Política

Artículo 148.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

perjudiciales para el mercado. De la misma manera, podríamos razonar respecto a la autoridad competente: si Indecopi obtiene fallos favorables en el 95% de casos que llegan al Poder Judicial, ¿qué pasaría si dentro de este 5% se encuentra un procedimiento de concentración empresarial denegado por la autoridad por considerarlo perjudicial para el bienestar social? Por el momento, salvo una reforma constitucional, debemos apuntar a seguir mejorando el porcentaje de éxito de la Gerencia Legal.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que en tanto no haya una modificación constitucional, el acudir al Poder Judicial en un proceso contencioso administrativo no solo debe ser visto como una limitante para la Administración Pública en cuanto a la finalización de sus procedimientos, sino como el derecho del administrado a tener una garantía de tutela jurisdiccional efectiva. Es decir, el derecho subjetivo que tiene toda persona para acudir a la justicia en busca de una sentencia favorable. Así pues, se le garantizará al administrado una instancia a la cual puede recurrir en caso, habiendo agotado la vía administrativa, no se encuentra conforme con la decisión de la entidad administrativa. En tal sentido, para que el sistema funcione, no solo deberíamos enfocarnos en fortalecer al Indecopi sino también al Poder Judicial. Actualmente, los incentivos que posee un administrado para recurrir a éste, son casi nulos más aun en esta materia tan especializada.

4.1.3 Un mecanismo de colaboración interinstitucional: el *amicus curiae*

El Indecopi como agencia de competencia cuenta con una serie de mecanismos para promover la dinamización de los mercados, siendo una de esas herramientas, las “abogacías de la competencia”. Las abogacías de la competencia son una herramienta orientada a reforzar el entorno competitivo sin la necesidad de utilizar medidas coercitivas o de sanción. Estas instituciones jurídicas económicas tienen el objeto de formular y presentar una serie de recomendaciones, de carácter no vinculante, para mejorar los aspectos competitivos que se pueden presentar en el mercado. Son instrumentos de política pública que coadyuvan a fortalecer una cultura de competencia en el mercado recomendando medidas o disposiciones que permitan a los agentes económicos contar con escenarios más competitivos¹³³.

¹³³ Se pueden revisar los siguientes documentos: Abogacía de la Competencia en el mercado de transporte turístico de acceso a la ciudadela inca de Machu Picchu (Indecopi, abril 2017), Abogacía de la Competencia de

Creemos que esta figura posee semejanzas con el *amicus curiae*, expresión latina que tiene su origen en el derecho romano que podría traducirse como “el amigo del juez o tribunal”. En el ordenamiento jurídico consta de un informe escrito, el mismo que puede ser presentado tanto por una persona natural o jurídica (organizaciones no gubernamentales, por ejemplo), que pese a no ser parte en un proceso o no tener un interés directo en este, interviene presentando sus argumentos a fin de colaborar con la decisión final del magistrado.

Al respecto, el juez o tribunal tendrá en cuenta lo presentado como una suerte de “para mejor resolver” lo alcanzado. No obstante, debemos aclarar que las recomendaciones son de carácter no vinculante y su finalidad es otorgar mayores elementos de juicio para resolver el litigio (Defensoría del Pueblo, 2009b).

Tanto en Europa como en EE. UU. la figura del *amicus curiae* es aplicada al Derecho de la Competencia. Así pues, en el sistema europeo se contempla la intervención de la Comisión Europea y las Agencias Nacionales de Competencia (ANC), ya sea para auxiliar al tribunal cuando este así lo requiera y lo solicite, o cuando dichas entidades por cuestiones políticas, económicas o estratégicas, así lo decidan. Mientras tanto, en EE. UU. esta figura no se limita a las instituciones públicas, sino que también contempla la participación por medio de entidades privadas, asociaciones representativas, incluso estudios de abogados en tutela de los intereses de sus clientes (William y Vasaly, 2004).

Tanto la abogacía de la competencia como el *amicus curiae* son figuras o herramientas que coadyuvan con la dinamización de la competencia desde un punto de vista analítico y colaborativo. Así pues, se genera más información que podría ayudar a determinar aspectos esenciales en los mercados que monitorean e intervienen en las agencias de competencia. Es un insumo más que coopera con la evaluación que debe realizar la administración en el procedimiento de autorización de la operación de concentración empresarial.

Adicionalmente, consideramos que se podría evaluar la probabilidad de insertar dentro de

la Licitación Pública N° 001-2012-MML-IMPL, prestación del servicio público de transporte de pasajeros en los paquetes de rutas de los corredores complementarios del sistema de transporte integrado de Lima (Indecopi, agosto 2015), Abogacía de la Competencia en el mercado de servicios notariales en el Perú (Indecopi, agosto 2015), Abogacía de la Competencia en el mercado del servicio de examen práctico de manejo en la región Lima (Indecopi, agosto 2015).

una regulación de control de operaciones de concentración empresarial la figura del *amicus curiae* (esquema norteamericano) desde el formato o esquema de una abogacía de la competencia. Es decir, ante una operación de concentración empresarial, diversos actores del mercado podrían alcanzarle al Indecopi sendos estudios (con las pautas metodológicas similares a las abogacías de la competencia), a fin que se cuenten con mayores elementos de juicio para emitir pronunciamientos más certeros.

Recordemos que, entre mayor información y un acceso más rápido a esta, se podrán tener pronunciamientos administrativos más confiables y completos. Además, damos por sentado que Indecopi tendrá que indagar con diferentes actores del mercado para otorgar la autorización de operación de una concentración empresarial. Al respecto, qué mejor mecanismo que este para generarles los incentivos a estos actores no solo a entregar la información requerida, sino a procesarla en los términos que al Indecopi le pudiera ser de utilidad y remitirla de manera voluntaria. De esta manera, se podría trabajar un esquema de incentivos para que a diversos agentes económicos les sea atractivo colaborar con la autoridad de manera voluntaria. Consideramos que no hay mejor información que la que se entrega libremente.

4.1.4 Derecho de tramitación del procedimiento administrativo

El Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) es un documento institucional calificable como una fuente de derecho informativa de naturaleza recopiladora y simplificadora que contiene información útil sobre los procedimientos seguidos por los particulares. Se detallan en este instrumento los plazos de los procedimientos, las autoridades competentes, la clasificación de los procedimientos, los costos, etc. (Morón, 2017).

En tal sentido, el TUPA define los parámetros en los cuales las instituciones se basan para diseñar y manejar sus procedimientos administrativos. Tanto el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, TUO de la Ley N° 27444, como la Resolución de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros N° 005-2018-PCM-SGP, del 27 de noviembre de 2018, señalan que un TUPA debe comprender todos los procedimientos de iniciativa de parte que cuenten con respaldo legal

y sean requeridos por los administrados para satisfacer sus intereses o derechos. Asimismo, debe tener una descripción clara y taxativa de todos los requisitos necesarios en el marco de los procedimientos.

Mediante el Decreto Supremo N° 085-2010-PCM del 18 de agosto de 2010, posteriormente validado y ratificado a través del Decreto Supremo N° 110-2018-PCM, y luego de pasar el examen de análisis de calidad regulatoria (ACR)¹³⁴, se aprobó el TUPA del Indecopi.

En el TUPA del Indecopi se establece el procedimiento sobre autorización previa de operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico. Efectivamente, se señala la base legal que respalda al procedimiento y la calificación con la cual se regula: silencio administrativo negativo (SAN), la autoridad competente, las instancias y recursos que se pueden presentar, así como, el monto del derecho de tramitación.

Respecto a este último elemento, el TUPA señala que será ascendente a un valor entre 0,1% de la operación de concentración empresarial hasta un límite de 50 UIT. Como lo señalamos anteriormente, este derecho de tramitación tiene el rango más elevado con respecto a todos los otros procedimientos del ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, en la práctica, a la totalidad de los procedimientos administrativos relativos a una solicitud de autorización para una operación de concentración empresarial se les ha cobrado el máximo permitido, es decir, 50 UIT.

Sin embargo, como no hemos encontrado un criterio objetivo de evaluación de la fijación del monto antes referido, se deja a la discrecionalidad de la autoridad este cobro. En ese sentido, proponemos una modificación del TUPA que permita una identificación por tipo y magnitud de operación, a fin de que existan rangos en cuanto al pago del derecho de

¹³⁴ Mediante el Decreto Legislativo N° 1310, que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, y sus modificatorias, se dispone que las entidades del Poder Ejecutivo deben llevar a cabo un análisis de calidad regulatoria (ACR) de todos sus procedimientos administrativos establecidos en disposiciones normativas de alcance general, con excepción de aquellos contenidos en leyes o normas con rango de ley, a fin de identificar, reducir y eliminar aquellos que resulten innecesarios, ineficaces, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados al TUO de la Ley 27444 o a las normas con rango de ley que les sirven de sustento.

Este ACR es realizado por las entidades del Poder Ejecutivo y debe ser validado por la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria de la Presidencia del Consejo de Ministros. Luego de ser validados se emite opinión proponiendo los procedimientos administrativos para ser ratificados por el Consejo de Ministros. Revisar: Manual para la Aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria de la Presidencia del Consejo de Ministros, 2017.

tramitación. Así pues, tendríamos decisiones menos discrecionales y más objetivas, y, sobre todo, el administrado conocería *ex ante* el costo del procedimiento, lo que permitiría trabajar sobre una mejor estructura de costos de la operación.

Asimismo, consideramos que una medida de esta envergadura beneficiaría a la seguridad jurídica en el mercado y a la transparencia del manejo de los procedimientos administrativos. Mientras menos arbitrariedades y subjetividades tengan un sistema, más cerca estaremos de alcanzar buenos resultados con este.

Por tanto, dado que el TUPA debe contener una base legal que sustente el procedimiento, consideramos pertinente que dentro de una eventual regulación de control de concentraciones empresariales se considere la distinción de operaciones para realizar un cobro objetivo y escalonado.

4.1.5 Un esquema que garantice la autonomía de los órganos resolutivos

Dedicación a tiempo completo

Si partimos de la premisa en que se le otorgue la facultad a Indecopi, también tendríamos que suponer que el órgano resolutivo en primera instancia sería la CLC (con su Secretaría Técnica como órgano técnico de apoyo) y la Sala especializada correspondiente del Tribunal del Indecopi como segunda instancia.

La naturaleza de los procedimientos administrativos de autorizaciones de grandes concentraciones empresariales no es semejante a un procedimiento sancionador por supuestos de abuso de posición de dominio o una investigación por prácticas colusorias (horizontales o verticales)¹³⁵.

En primer término, en un procedimiento de abuso de posición de dominio o prácticas colusorias estamos inmersos en un procedimiento administrativo sancionador donde se busca la determinación de responsabilidades ante una presunta práctica anticompetitiva que

¹³⁵ Tampoco tiene similitud a una abogacía de la competencia que realiza la Secretaría Técnica de la CLC. Esta ni siquiera es un procedimiento administrativo.

produjo daños al mercado. En ese sentido, en una solicitud de autorización de una operación de concentración empresarial no existe ningún daño, pues no hay responsables administrativos a quienes sancionar y mucho menos pruebas que acrediten conductas pasadas.

Es decir, mientras que en un caso la administración deberá probar conductas y sus consecuencias *ex post*, en el otro supuesto, la actividad probatoria se centrará en simulaciones y predicciones, esto es, una actuación *ex ante* donde no existen responsables ni culpables. Siendo así, se genera un aura y comportamiento distintos sobre los administrados, dado que la naturaleza de los procedimientos administrativos es diferente.

Por una parte, podríamos decir también que los administrados defenderían su inocencia, mientras que, en el otro, se sentirían con todo el derecho a que se les atienda, otorgándoles su autorización por considerarlo de acuerdo con el derecho y sus libertades constitucionalmente garantizadas.

De igual forma, consideramos que no basta un órgano colegiado que sesione una o dos veces a la semana para discutir las investigaciones. Por la inmediatez que requieren los casos de autorización de concentraciones empresariales, el trabajo probatorio que se necesita realizar, la dinámica de procesamiento de información y la sensibilidad de la misma, la confidencialidad del proceso y la oportunidad de la actividad procesal (tiempos más cortos), la presión a la que estarán expuestos, entre otros, se requeriría un cuerpo colegiado a tiempo completo. Es decir, un órgano con personal decisor disponible en todo momento, no solo durante las sesiones semanales.

El Decreto Legislativo 1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi reconoce en su artículo 12¹³⁶ al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la

¹³⁶ El Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi.

Título V – De los Órganos Resolutivos

Capítulo I - Del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Artículo 12.-De las Salas del Tribunal. -

12.1 El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual es un órgano con autonomía técnica y funcional constituido por Salas especializadas en los asuntos de competencia resolutoria del Indecopi. El número y materia de las Salas será determinada por el Consejo Directivo,

Protección de la Propiedad Intelectual (segunda instancia) como un órgano con autonomía técnica y funcional constituido por salas especializadas conformadas por cinco (5) vocales. A su vez, el artículo 13¹³⁷ del mismo cuerpo normativo le otorga la potestad al Consejo Directivo del Indecopi de disponer si el cargo debería ser desempeñado a tiempo parcial o tiempo completo.

Las comisiones del Indecopi (incluida la CLC, primera instancia) son órganos que cuentan con autonomía funcional y técnica. Al respecto, el artículo 21¹³⁸ del precitado dispositivo normativo también le da la potestad al Consejo Directivo a decidir si los miembros de esta ejercen una jornada a tiempo parcial o tiempo completo.

Consideramos que una norma que pretenda regular las operaciones de concentración empresarial deberá tener miembros de sus órganos resolutivos a tiempo completo, porque esta será una garantía de dedicación absoluta y mayor inmediatez en la atención de los procedimientos, lo que coadyuvará con la autonomía del Indecopi. Asimismo, consideramos esta medida como saludable para blindar a los comisionados o vocales de

considerando la especialización y la carga procesal, según lo dispuesto en el artículo 5, literal b) de la presente Ley.

12.2 Cada Sala estará integrada por cinco (5) vocales, en cuya conformación deberá procurarse un colegiado multidisciplinario. Cada Sala contará con el apoyo de una Secretaría Técnica.

¹³⁷ El Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi.

Título V – De los Órganos Resolutivos

Capítulo I - Del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Artículo 13.- De los vocales de las Salas del Tribunal. -

(...)

13.4 El cargo de vocal de una Sala del Tribunal podrá ser desempeñado a tiempo completo o parcial, según lo establezca el Consejo Directivo.

(...).

¹³⁸ El Decreto Legislativo 1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi.

Título V – De los Órganos Resolutivos

Capítulo II – De las Comisiones del Área de Competencia

Artículo 21.- Régimen de las Comisiones. -

Las Comisiones mencionadas en el artículo anterior tienen las siguientes características:

- a) Cuentan con autonomía técnica y funcional y son las encargadas de aplicar las normas legales que regulan el ámbito de su competencia;
- b) Resuelven en primera instancia administrativa los procesos de su competencia, la adopción de medidas cautelares y correctivas, la imposición de las sanciones correspondientes y la determinación de costas y costos;
- c) Están integradas por cuatro (4) miembros, los que eligen a su Presidente y Vicepresidente. El cargo de Presidente y Vicepresidente es ejercido por el período de un año, pudiendo ser reelegidos;
- d) El cargo de miembro de Comisión podrá ser desempeñado a tiempo completo o parcial, según lo establezca el Consejo Directivo (...).

presiones externas. Muchos de ellos podrían tener conflicto de intereses, por ejemplo¹³⁹.

OCDE advierte que el sistema vigente de designación de estos cargos a tiempo parcial genera riesgos de aparición de conflictos de intereses y de retrasos en la resolución de los casos. Asimismo, contribuye a extender la percepción de que no se está aplicando el principio del debido proceso, pues la labor de los comisionados depende, obviamente, del Personal Técnico (contratado a tiempo completo).

Sin embargo, no nos olvidemos de un problema también ya advertido por este organismo internacional, éste señala que para aplicar de una manera eficaz la normativa de competencia resulta fundamental contar no solo con personal suficiente sino con los recursos que cubran las necesidades de éste. La dotación actual de recursos de personal y financieros del órgano de competencia del Indecopi es insuficiente¹⁴⁰. En los últimos años se está asistiendo a un aumento significativo de la carga de trabajo del Indecopi y de la complejidad de los casos que se investigan. Se advierte que, por lo general, el personal disponible se encuentra saturado, a pesar de que solo se están investigando y sancionando las prácticas intrínsecamente nocivas. Es importante resaltar que no es un problema nuevo, la deficiencia se viene arrastrando desde hace tiempo. Ya en 2004, el último examen inter pares del Derecho y política de la competencia en Perú de la OCDE se indicaba que *“en 2003 la Comisión de Libre Competencia y la Comisión de Acceso al Mercado recibieron solo, en conjunto, el 8% de los fondos y un 7,5% del personal que fueron destinados para las comisiones y oficinas del Indecopi. Es más, el Departamento de Política Económica considera que la Comisión de Libre Competencia está especialmente falta de personal. Por último, Perú destina menos recursos a estas comisiones que otros países en vías de desarrollo con niveles comparables de PIB, e incluso menores”*. Por tanto, se recomendaba que *“el Indecopi debiera asignar más fondos al trabajo en materias puramente relacionadas con la competencia, aunque ello suponga hacer recortes en otros trabajos útiles, ya que los casos puramente de competencia suelen tener un mayor impacto de mercado”*.

¹³⁹ Consideramos pertinente aclarar que no se requeriría una segunda instancia exclusiva para los procedimientos apelados en solicitudes de autorizaciones de control de operaciones de control empresarial toda vez que el universo resolutivo sería casi inexistente.

¹⁴⁰ El mismo decreto de urgencia recientemente publicado, no dota a Indecopi de mayores recursos económicos. La Novena Disposición Complementaria Final señala que la implementación de la norma se financia con cargo al presupuesto institucional de Indecopi, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

La designación de miembros

De acuerdo con el artículo 13 del Decreto Legislativo 1033, la designación de los vocales de las Salas del Tribunal se da por un período de cinco (5) años, pudiendo ser designados por un período adicional. Adicionalmente, el artículo 22 del referido texto normativo establece que los miembros de las comisiones (incluido CLC) son designados por el Consejo Directivo del Indecopi, previa opinión del Órgano Consultivo, por un plazo de cinco (5) años, pudiendo ser designados por un período adicional.

Como podemos apreciar, más allá de una elección basada supuestamente en meritocracia, no encontramos elementos de juicio objetivos para la elección de los profesionales que van a conformar los órganos resolutivos. Por tanto, si queremos un sistema blindado de injerencias políticas podemos comenzar cambiando el sistema de designación, con lo cual podríamos pensar en concursos públicos. Estos deberían estar diseñados con evaluaciones de conocimiento, perfil psicológico y de adaptación al entorno laboral, experiencia profesional, etc. Una medida de esta naturaleza, legitimaría el sistema y sería una garantía adicional en cuanto a la independencia funcional de los miembros de los órganos resolutivos.

OCDE (2018) recomienda que el personal del Indecopi debería someterse a un procedimiento abierto que obedezca a criterios transparentes de selección de los candidatos llamados a cubrir cada puesto. Estos criterios deben garantizar que los candidatos seleccionados cumplan estándares adecuados en cuanto a conocimientos técnicos y cualificación, así como en lo relativo a imparcialidad y buena conducta.

En concordancia con lo anterior, Indecopi debería contar con un régimen jurídico que les permita a los miembros de sus órganos colegiados ser realmente autoridades independientes, alejadas de los procesos políticos, electorales, y que por último, se produzca la llamada “captura del regulador”¹⁴¹. Para evitar que el Gobierno caiga en la tentación de utilizar a los organismos reguladores —o al Indecopi— como instrumentos para la obtención de fines políticos o que sean presa del poder económico de las empresas

¹⁴¹ Se produce cuando las decisiones de la entidad que debieran ser completamente técnicas y autónomas son influenciadas por grupos de poder o intereses electorales, o inclusive, por actos de corrupción. Así pues, se pasa de decisiones técnicas y fundamentadas a decisiones políticamente orientadas.

que actúan en el sector y de los muchos intereses económicos que se ponen en juego, se deben establecer mecanismos de blindaje.

De esta forma, se requiere contar con personas de solvencia moral y completa autonomía en sus decisiones, pues creemos que no solo se debe resguardar la prolijidad de la atención de los procedimientos administrativos que se llevan a cabo, sortear todas las vicisitudes que aparecen en el camino e implementar un sistema de rendición de cuentas adecuado, sino que los actores responsables de este proceso tengan la suficiente legitimidad y autonomía para llevarlos a cabo (Falla, 2003).

Consideramos también que los procedimientos que autoricen las operaciones de concentración empresarial deben ser resueltos por especialistas designados de manera objetiva y en orden a una estricta evaluación. Sabemos que una medida en este sentido le da a la regulación un halo de legitimidad que podría ser importante frente a los cuestionamientos del sistema de control de operaciones de concentración empresarial.

Oportunidad de designación de miembros

Una buena alternativa en cuanto a la oportunidad de la designación de miembros o realización de concurso público si fuera implementado, debería ser por etapas. No se debería cambiar a la totalidad de los miembros de los órganos colegiados al mismo tiempo, porque estos deberían renovarse de forma periódica. Así se preservaría el *expertis* y disminuiría el tiempo de la curva de aprendizaje de los nuevos miembros.

Por otra parte, la elección no debería coincidir con períodos de elecciones políticas. Así se garantizaría que los miembros no tengan sesgos políticos o sirvan al gobierno de turno. En ese sentido, un vocal o comisionado podría comenzar su período con un gobierno determinado y concluirlo con el siguiente. En resumen, podemos decir que se privilegia lo técnico frente a lo político; lo funcional frente a lo oportunista. Esta también es una medida que garantizará la autonomía e independencia de la administración.

Protección a los funcionarios a cargo de los procedimientos

Una figura que se ha discutido y finalmente se incluyó en la norma es el impedimento de

interponer acciones civiles o penales contra los funcionarios a cargo de la resolución de procedimientos administrativos vinculados a las solicitudes operaciones de autorización de concentración empresarial.

Consideramos que esta medida les podrá brindar cierta independencia y tranquilidad a los funcionarios contra presiones de posibles denuncias. Así, con un mecanismo de designación por concurso, esta disposición sería complementaria y saludable para el ordenamiento legal, dado que ambas medidas permitirían legitimar las acciones de los cuerpos colegiados. No obstante, también debemos cuidar esta figura para que no sea sinónimo de impunidad. Por tal motivo, la conducta de los miembros de los órganos resolutive debe ser intachable.

Como un mecanismo paralelo, cada postulante al concurso público de méritos para la elección de comisionados o vocales debería llenar una serie de declaraciones juradas de no tener conflicto de intereses, anticorrupción, declaración de intereses, de rentas y bienes, así como, vinculación familiar no solo con personal del Indecopi, sino con la industria¹⁴², etc. Consideramos esta medida a fin de poder realizar mejores filtros en la elección de quienes van a estar a cargo del sistema.

4.1.6 Tiempo de implementación de la regulación

Sabemos que cualquier norma requiere de un determinado tiempo de implementación en la mayoría de los casos. Debido a ello, una normativa de control de operaciones de concentración empresarial no es la excepción, pues se necesita de un espacio temporal de difusión, conocimiento y adaptación.

Al respecto, podemos señalar que este lapso tiene naturaleza dual. Por un lado, es necesario que la administración se encuentre totalmente preparada (logística y profesionalmente) para atender adecuadamente los procedimientos. Y por el otro, es necesario haber socializado la norma a fin de que los agentes económicos que se desenvuelven en el mercado tengan pleno conocimiento de los alcances y efectos de la misma.

¹⁴² En este aspecto, debemos aclarar que no resultaría impedimento que sus familiares o que algún miembro del órgano colegiado haya tenido vinculaciones con la industria. Este mecanismo se utilizaría para realizar de manera transparente los trámites de inhabilitación de los comisionados o vocales en determinados casos.

Si hubiéramos pretendido que una norma de esta naturaleza sea de aplicación inmediata habríamos incurrido en un grave error. No obstante, si bien los plazos tampoco deberían dilatarse demasiado, se debe trabajar consecutivamente. Así pues, se cuenta con un plazo para elaborar el reglamento de la norma (6 meses). Durante éste, se debe socializarla, recibir opiniones y comentarios, incorporar los que se consideren convenientes y finalmente, aprobar el respectivo texto normativo. Posteriormente, se debe considerar un plazo adicional para que entre en vigencia la misma norma, en tanto los agentes económicos vinculados se adapten a las nuevas reglas de juego ya aprobadas, pero aún no en vigencia: una *vacatio legis*¹⁴³.

Asimismo, comprendemos que hubo críticas al disponer la entrada en vigencia de la norma en un mediano plazo. Probablemente, se señalará que el Indecopi como posible institución competente a cargo de los procedimientos de autorización de operaciones de concentración empresarial ya tiene la capacidad profesional y *expertis* en la materia. En esa línea, se afirmará que el análisis de mercado a realizar es el mismo que efectúa en casos de abuso de posición de dominio o en las prácticas colusorias verticales¹⁴⁴. Por tanto, no se requiere mayor tiempo de adaptación, dado que se ha venido trabajando por muchos años esta metodología.

Sin embargo, dada la envergadura de la norma, nosotros consideramos que un plazo razonable debería haber sido no menor de un año. Además, si bien existe cierta experiencia en la materia, debería llevarse a cabo en un tiempo prudencial la contratación de mayor cantidad de personal, creación y consolidación de equipos, adecuación de los sistemas de trámite documentario, implementación de procesos internos, organización de espacios físicos, la posible modificación de instrumentos de gestión dentro de la institución y el Reglamento de Organización de Funciones.

Por otra parte, podrían advertirse detractores señalando que un plazo de entrada en

¹⁴³ La *vacatio legis* constituye un estado temporal de suspensión de los efectos de la norma. Es decir, de los efectos prohibitivos, permisivos u ordenantes de una acción u omisión, hasta que acontezca una condición temporal (la expiración de un plazo) o material (la verificación de un suceso). Para más información ver lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 5731-2006-PA/TC en los seguidos por don Carlos Alfonso Costa Zúñiga, contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima del 12 de octubre de 2005.

¹⁴⁴ En ambos supuestos se debe determinar la posición de dominio de un agente económico con base en la definición del mercado relevante.

vigencia de la norma permitirá alertar al mercado y con esto, la realización de muchas operaciones de concentración empresarial se apresuraría para escapar al control de la administración. Al respecto, podemos indicar que una operación de concentración empresarial no se efectúa en el corto plazo y mucho menos en empresas de dimensiones como las que estarían comprendidas dentro de la norma (los umbrales son altos). Los plazos para la realización de este tipo de operaciones pueden oscilar entre 1 a 3 años, dependiendo del sector económico en el que opere, del tipo de negocio y su tamaño (Calampa y Vargas, 2017). Así pues, no consideramos riesgoso establecer el plazo indicado anteriormente.

En este caso, es mejor tomarse un tiempo prudencial y apuntar a un buen resultado que realizarlo todo inmediatamente sin la certeza de estar debidamente preparados.

Una situación que merece a todas luces advertir es que la norma tiene una vigencia solo de cinco años. Nos preguntamos si es razonable implementar un sistema de tanta magnitud para que solo tenga un periodo de un lustro. La señal no es de las mejores para el mercado ni para los agentes económicos que lo conforman.

4.2 Desde el punto de vista normativo

4.2.1 El mecanismo de aprobación de la regulación

El 7 de noviembre de 1991 se publicó nuestro primer antecedente normativo de Derecho de la Competencia en el Perú: el Decreto Legislativo N° 701, contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

Posteriormente, en el 2008, se promulgó el Decreto Legislativo 1034, que aprobó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. El factor común entre estas dos normas es que ambas fueron aprobadas mediante decretos legislativos.

Al respecto, un decreto legislativo es una norma con rango de ley dictada por el Poder Ejecutivo con base en una facultad delegada por el Congreso de la República, de acuerdo

con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política¹⁴⁵ y el artículo 11 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo¹⁴⁶.

Esta delegación atiende la necesidad de los Estados modernos de aprobar con rapidez y oportunidad normas jurídicas que responden a una realidad económica y política volátil y dinámica (Rubio, 1999). Así pues, mientras las leyes obedecen a una de las principales funciones del Poder Legislativo (Congreso de la República), los decretos legislativos atienden a situaciones excepciones reguladas mediante delegación de facultades que recaen sobre el Poder Ejecutivo.

Es importante mencionar también que no hay ningún vicio de ilegalidad en los Decretos Legislativos 701 o 1034. No obstante, consideramos que una norma tan importante encargada de regular las operaciones de concentración empresarial debería ser aprobada por el Congreso mediante una ley. Esta sería una señal de política pública impulsada a nivel de todo Estado.

Cabe agregar que no consideramos que los Decretos Legislativos 701 o 1034 adolezcan de fuerza en su aplicación por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo. No obstante, una ley siempre tendrá un velo de legitimidad mayor y un implícito consenso, porque fue debatida y aprobada por el pleno del Congreso en el marco de una de sus principales facultades.

¹⁴⁵ Constitución Política de 1993

Artículo 104.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

¹⁴⁶ Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158

Artículo 11.- Facultad normativa del Presidente de la República

Corresponde al Presidente de la República dictar los siguientes dispositivos:

1. Decretos Legislativos. - Son normas con rango y fuerza de ley que emanan de autorización expresa y facultad delegada por el Congreso. Se circunscriben a la materia específica y deben dictarse dentro del plazo determinado por la ley autoritativa respectiva. Son refrendados por el o los Ministros a cuyo ámbito de competencia corresponda. Los Decretos Legislativos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria del mismo Decreto Legislativo que postergue su vigencia en todo o en parte. Los Decretos Legislativos relativos a tributos de periodicidad anual rigen a partir del uno de enero del año siguiente a su publicación.
2. (...)

Por último, creemos que una norma aprobada por el Congreso debería atender en mayor medida a una naturaleza de necesidad para el ordenamiento, respondiendo a un carácter general y atemporal vinculado a una política de Estado. Por eso, no es coincidencia que el único sector en donde se regulaban las operaciones de concentración económica, el sector eléctrico, estaba normado con la Ley N° 26876, que trata sobre el antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico a pesar que se diga que en su momento puede haber obedecido a una política pública impulsada por una decisión política.

El aprobar un régimen de control de operaciones de concentración empresarial con un decreto de urgencia sin que cumpla, según nuestra opinión, con los parámetros que deberían seguir este tipo de normas, le resta legitimidad.

4.2.2 El objetivo

Como señalamos en los anteriores capítulos, el control de las operaciones de concentración empresarial tiene su origen en la preocupación del Estado sobre el acaparamiento del mercado o del incremento de posición de dominio en este, lo cual podría acarrear consecuencias negativas para el consumidor. Así pues, se busca crear un mecanismo que asegure el bienestar social tomando en cuenta que debe resguardarse el proceso competitivo.

Al respecto, considerando que una propuesta regulatoria solo debería estar contemplada si resuelve un problema relevante para la sociedad y si no existen otras alternativas más baratas y eficientes, tendríamos que partir de la premisa de que una norma de control de operaciones de concentración empresarial es la única herramienta regulatoria viable para proteger el bienestar social. Esto debido al incremento de las participaciones en las cuotas de mercado de agentes económicos y porque a largo plazo podrían perjudicar la promoción de la competencia en un mercado dinámico.

Por tal razón, podríamos concluir que el objetivo de esta norma es regular el bienestar social. De tal manera, que si orientamos el objetivo de la norma a conseguir solo el bienestar de los consumidores o de los proveedores de bienes o servicios (empresas), nos desviamos del objetivo. La regulación jurídica del Derecho de la Competencia está

conformada por normas de intervención del Estado en la economía que protegen el bienestar social sustentado sobre el adecuado funcionamiento del mercado y pueden ser consideradas disposiciones de orden e interés público (Torre, 2014).

Sin embargo, consideramos pertinente traer a colación lo señalado por Besanko y Spulber (2013) en cuanto a la discusión sobre el objetivo de una norma de control de operaciones de concentración empresarial. Ellos manifiestan que no es una materia que resulte pacífica. Es más, señalan que en casos en donde exista mucha incertidumbre o desconfianza con respecto a la información que provean las empresas, se deben utilizar otros factores de análisis y no solo el bienestar social para autorizar una operación.

Así pues, se sostiene que la autoridad de competencia asume que todas las operaciones de concentración empresarial presentan altas eficiencias, de lo contrario, las empresas no tendrían incentivos para iniciar el procedimiento de concentración. Asimismo, las empresas son conscientes de que la administración da por sentado que todas sus operaciones son eficientes porque asumen que los agentes económicos actúan racionalmente. Sin embargo, lo que puede estar ocurriendo es que, conociendo este razonamiento de la autoridad, las empresas busquen aprovecharse de él y las eficiencias que podría la agencia de competencia estar calculando, no lo sean tanto. Por eso, el objetivo no solo debería ser la preservación del bienestar social, sino garantizarlo con otros mecanismos paralelos (Besanko y Spulber, 2013).

No obstante, nosotros nos reafirmamos en que el objetivo de la ley no debe estar orientado a proteger a las pequeñas empresas y tampoco a salvar puestos de trabajo. La norma debe estar orientada a proteger y resguardar el bienestar social.

Una ley que regule las operaciones de concentración empresarial debe constituirse en un instrumento que maximice la eficiencia de esta. Asimismo, debe crear un escenario donde se faciliten las transacciones comerciales que deban realizarse con las autorizaciones correspondientes. También se debe tratar de maximizar el bienestar social a través de operaciones rápidas y eficientes que, a su vez, sean debidamente controladas.

Tener las reglas del juego simples y claras desde el inicio no solo repercute en los agentes económicos protagonistas de la operación, sino que influye en la eficiencia de la operación,

factor que luego podría ser trasladado al bienestar de los consumidores, así pues, esto coadyuva a alcanzar el bienestar social.

Consideramos que la consolidación de operaciones de concentración empresarial de manera ágil y debidamente controlada guarda una relación inversamente proporcional con la de una regulación estricta y deficiente. Mientras mayor sea el énfasis en una regulación para proteger solo el interés de los consumidores, menor serán las operaciones de concentración empresarial eficientes que se lleven a cabo. Cuanto más proteccionismo, mayor será el riesgo de ralentizar el proceso competitivo de los mercados.

El objetivo debe ser el bienestar social y debe estar expresamente comprendido desde los primeros artículos de la norma. Si bien se puede decir que cada artículo de un dispositivo legal tiene la misma importancia jurídica, ello no significa que su aplicabilidad sea similar. Para empezar, la precedencia sugiere importancia y, generalmente, los primeros artículos son los más exigibles (Iguñiz, 2009).

Por lo tanto, se recomienda que el objetivo esté claramente definido en la norma desde el inicio. No consideramos saludable que el objetivo, sea cual sea la norma, se defina con base en interpretaciones integrales o sistemáticas.

El reciente decreto de urgencia señala como objetivo promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. En tal sentido, discrepamos con el mismo toda vez que se debió apuntar al bienestar social, es decir, del mercado en general, no solo de una parte de éste.

4.2.3 Operaciones comprendidas en la regulación

Los umbrales

No a todas las operaciones de concentración empresarial se les debe aplicar la regulación. Sería ilógico pensar que la fusión entre dos agentes económicos pequeños tenga un efecto significativo en el mercado. En ese sentido, el éxito de la normatividad consistirá en determinar cuáles son las operaciones que requerirán una autorización por parte de la

administración para llevarse a cabo.

Para determinar la aplicación de la regulación, los umbrales serían la mejor opción. Estos son los parámetros cuantificables mediante los cuales se determina qué operaciones de concentración empresarial deberían ser evaluadas *ex ante* y cuáles están exentas del trámite administrativo.

Como primera cuestión que se deduce fácilmente podemos señalar que, si los umbrales son muy bajos, la cantidad de operaciones que requerirán autorización será elevada. Por el contrario, si son muy altos, posiblemente la cantidad de solicitudes de autorización se reducirá bastante. El éxito de la regulación será encontrar el justo equilibrio en favor del bienestar social.

En este caso, no podemos copiar umbrales de otros países porque consideramos que cada realidad y cada mercado son distintos. Los países tienen diferentes tasas de inflación, mercados variados, monedas diferentes, rangos de exportación e importación que no necesariamente son similares, número de habitantes diversos y culturas variopintas, etc. De igual manera, muchos son los factores que diferencian las economías de otras latitudes. En tal sentido, si bien nos podemos apoyar en la experiencia internacional, esta no puede ser determinante, sino referencial.

El sistema que se busque aplicar en el Perú no puede ser el mismo que se utiliza en economías más grandes y jurisdicciones más consolidadas. Para ello, se requiere un trabajo de adaptación y de correctivos ajustado a la realidad e institucionalidad del Perú (Marcos, 2012). Como ya mencionamos, uno de los factores que determinará el éxito de la norma será qué tan bien están diseñados los umbrales. En ese sentido, los candados regulatorios son muy importantes.

El Perú reconoce constitucionalmente a la economía de mercado como su modelo a seguir. Debido a ello, los umbrales elevados se podrían relacionar con un Estado menos intervencionista en las operaciones de los agentes económicos en el mercado. Por el contrario, la determinación de umbrales bajos significaría una mayor intervención del Estado en las operaciones empresariales. Por lo tanto, nos inclinaríamos por fijar umbrales elevados para que prevengan operaciones en las cuales el bienestar social se vea afectado,

pero que, a su vez, no tengan mayor incidencia en el dinamismo del mercado.

En esa línea también tendríamos que tomar en cuenta que, como toda la regulación normativa, esta no es estática y podría ser susceptible a ser modificada. No obstante, una modificación de umbrales sería un tema bastante delicado pues podría desnaturalizar la norma.

En tal sentido, nos parece adecuado lo señalado en el decreto de urgencia en cuanto señala que para elevar el nivel del umbral bastaría un decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas (artículo 6 del Decreto de Urgencia 013-2019), debido a que un umbral más alto se relaciona con las políticas públicas y el modelo económico del Perú. Por otra parte, la determinación de un umbral más bajo solo podría ser modificado bajo una norma del mismo rango que el de aprobación de la misma, es decir, una ley. Esto porque podría afectar a una mayor cantidad de agentes económicos del mercado.

Por lo tanto, coincidimos que la elevación del umbral sea ejecutada mediante un decreto supremo, en tanto que la reducción del mismo debería ser por una ley.

Otra alternativa a considerar, toda vez que nos encontramos frente a derechos económicos podría ser una suerte de aplicación de reserva de la ley, entendida como lo dispone el artículo 74 en materia tributaria. No obstante, habría que analizar la viabilidad constitucional que sería materia de otro trabajo de investigación.

Parámetros objetivos

Existen varias formas de calcular los umbrales y debemos apuntar a la metodología más objetiva que limite en todo lo que se pueda la discrecionalidad de la administración. Al respecto, podemos señalar que si fijamos umbrales, por ejemplo, con base en la concentración de los mercados, tendríamos previamente que determinar el mercado relevante. Como sabemos, esto no es una tarea sencilla, todo lo contrario, porque podríamos caer en largas discusiones que generen incertidumbre y falta de garantía jurídica.

Ya hemos visto a lo largo del tiempo cómo la determinación del mercado relevante puede ser uno de los puntos más debatibles y controversiales en el Derecho de la Competencia. A

manera de ejemplo, podemos revisar el proceso de la denuncia de Operaciones Arcos Dorados del Perú S. A. contra la administradora de Jockey Plaza Shopping Center S. A., Sigdelo S. A. y otros¹⁴⁷.

Un buen método consiste en calcular los umbrales tomando en cuenta los valores de las ventas o ingresos brutos anuales del año anterior. Este mecanismo permite cruzar la información con la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) y reduce el grado de discrecionalidad. Como toda regulación, esta no es impermeable a los factores exógenos, por lo que en un primer momento, aunque parezca sólida podría fallar si la moneda local se devalúa. Por ejemplo, no es lo mismo hablar de los ingresos brutos consignados en pesos argentinos el día de hoy que hace cinco años, pese a que los umbrales podrían seguir siendo los mismos (Global Risk Insights, 2018).

Así pues, coincidimos que el decreto de urgencia contenga parámetros de evaluación lo más objetivos posibles. No obstante, también tenemos que ser conscientes de que no hay mecanismo perfecto ni estático. Todo resulta revisable.

Las transferencias o cambio en el control

La regulación de autorizaciones de concentración empresarial va de la mano con las transferencias o cambios de control en la dirección de los agentes económicos involucrados en la operación. En tal sentido, en las legislaciones de otros países siempre vamos a encontrar la figura que define a las operaciones de concentración económica como aquellos actos u operaciones que impliquen una transferencia o cambio en el control permanente de una empresa o parte de ella.

Asimismo, advertimos que las concentraciones empresariales, entre otros supuestos, pueden producirse a consecuencia de la adquisición por un agente económico del control directo o indirecto de activos productivos operativos de otros agentes económicos. Al respecto, podemos traer a la discusión lo que se viene debatiendo actualmente en Europa. Así pues, las autoridades con el propósito de preservar una estructura de mercado que garantice su correcto funcionamiento también se están preguntando si las adquisiciones

¹⁴⁷ Ver la Resolución 0460-2016/SDC-Indecopi (Expediente 007-2007/CLC) del 8 de setiembre de 2016, la Resolución 059-2011/CLC-Indecopi del 15 de noviembre de 2011 y el Informe 025-2011/ST-CLC-Indecopi del 6 de junio de 2011.

minoritarias que no otorgan control bajo las reglas de concentraciones empresariales reguladas también deberían ser objeto de alguna restricción.

A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de países con legislaciones que contemplan el Derecho de la Competencia, en países como Austria, Alemania, Reino Unido, Japón, Canadá o incluso Estados Unidos de Norteamérica, se regula un examen previo de transacciones consistentes en adquisiciones de una participación minoritaria que no otorgue control de la empresa adquirida (Comisión Europea, 2014).

Se dice que cuando se adquiere una participación minoritaria, al igual que en las operaciones donde se adquiere el control, pueden surgir varios tipos de problemas de competencia, por lo tanto, también se regulan este tipo de operaciones. Además, se señala que en las operaciones en las que se obtiene el control de la empresa adquirida también se pueden generar efectos negativos a la competencia y, por ende, a los consumidores. Los efectos anticompetitivos no coordinados y coordinados se producirán en el caso de que estas adquisiciones impliquen un incremento significativo del poder de mercado de las partes en la transacción (Goñi, 2018).

Al respecto, se puede revisar el antecedente del caso VEBA/VIAG donde se determinó que existía una influencia real del socio minoritario en las decisiones empresariales de la empresa que ostentaba poder de mercado. Así pues, la Comisión Europea terminó señalando que cuando estamos frente a socios minoritarios privados dentro de una persona jurídica compuesta por socios mayoritarios pertenecientes al sector público, el riesgo de influencia es bastante alto (European Commission, 2000).

Este aspecto solo lo mencionamos como punto para el debate, porque el control de operaciones de concentración empresarial es incipiente en el Perú y no tendríamos por qué comenzar una regulación con mecanismos tan sofisticados.

Fusiones asesinas (*Killer Acquisitions*)

En la misma línea, así como hemos revisado en el punto anterior a las operaciones minoritarias que no otorgan control bajo las reglas de concentraciones empresariales reguladas pero que de alguna manera podrían afectar al mercado, actualmente también se

habla de las *Killer Acquisitions* o “fusiones asesinas”.

Estas son operaciones empresariales que opera un agente económico, generalmente con poder de mercado, a fin de adquirir a un pequeño competidor. Este pequeño competidor suele ser un innovador en el mercado que a largo plazo podría convertirse en competencia directa del incumbente. Así pues, el agente económico con poder de mercado asegura su posición de dominio comprando al pequeño y eliminando así la competencia potencial. Una consecuencia natural de esto no solo es tener menos agentes compitiendo en el mercado, sino que podría truncarse el proceso de innovación de la empresa adquirida.

El tipo de operaciones antes mencionado tiene problemas particulares. En primer término, en la mayoría de casos estos supuestos pasan inadvertidos para las autoridades de competencia. Esto a consecuencia de que generalmente en estas operaciones no se superan los umbrales necesarios para solicitar autorización a la administración. En segundo lugar, estas operaciones empresariales no generarían mayores eficiencias porque el único objetivo que persigue el agente económico dominante es eliminar a un competidor potencial. Finalmente, la presión que puede ejercer el dominante ante la negativa de venta del pequeño competidor es bastante elevada y podemos ver casos de bloqueos de acceso, negativas a contratar, prácticas predatorias, discriminación, etc. (Abarca, 2019). Por supuesto, existe la figura del abuso de posición de dominio, no obstante, también somos conscientes de que un procedimiento administrativo sancionador de este tipo no siempre es la solución a los problemas de competencia.

Si analizamos este supuesto, se nos viene a la mente la operación de compra que hizo Facebook de Instagram en el año 2012. En aquel tiempo, esta plataforma aún poco conocida era pequeña y no tenía una participación significativa en el mercado, pero Facebook vio en ella una amenaza potencial.

Al igual que en el punto anterior, este supuesto constituye un alcance para el debate, aunque no consideramos que debería estar incluido en el reglamento que se promulgue a partir del Decreto de Urgencia 013-2019. Consideramos que no es la oportunidad.

4.2.4 Factores a tener en cuenta para evaluar los efectos de las operaciones

Una norma que regule el control sobre las concentraciones empresariales deberá contemplar en su articulado los factores que el órgano competente tiene en consideración para realizar correctamente el análisis en un procedimiento de control previo.

En el Decreto de Urgencia 013-2019 aparecen de manera concurrente los siguientes factores que se consideran pertinentes de evaluar: (i) la estructura del mercado involucrado, (ii) la competencia real o potencial de los agentes económicos en el mercado, (iii) la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, (iv) las fuentes de distribución y comercialización, (v) las barreras legales o de otro tipo para el acceso al mercado, (vi) el poder económico y financiero de las empresas involucradas, (vii) la creación o fortalecimiento de una posición de dominio y (viii) la generación de eficiencias económicas.

Si bien consideramos esta lista bastante completa, creemos indispensable que no se trate de una relación taxativa y que se debería dejar abierta la posibilidad de evaluar factores adicionales. Como sabemos, cualquier norma es en el breve plazo superada en gran medida por la realidad.

A continuación, mencionamos los criterios a los que se les presta mayor atención en la reglamentación europea: (i) estructura de mercado, especialmente a la posición que ostentan las empresas y la existencia (de derecho o hecho) de barreras de entrada al mercado, (ii) competencia real o potencial proveniente de empresas situadas al interior o exterior de la comunidad, por ejemplo, la posibilidad de que disponen los proveedores para escoger la fuente de aprovisionamiento y (iii) las características generales del mercado, comprendida por la potencia económica y financiera de las empresas, la evolución de la oferta y la demanda, así como, los progresos técnicos y económicos (Nihoul, 2005).

Como vemos, los factores recogidos por el precitado decreto de urgencia plantean una regulación similar a la europea. Sin embargo, y si bien mencionamos la necesidad de una condición no taxativa de la lista para otorgar la posibilidad de inclusión de factores adicionales, creemos necesaria la inclusión expresa a los progresos técnicos y económicos como factor a evaluar.

Por otra parte, la regulación normativa no es estática y mucho depende de la tecnología. Por ejemplo, la normativa que existía en la década de los noventa con relación a la telefonía fija no es la misma que la actual. Los cambios tecnológicos como la expansión del servicio móvil o la penetración de la fibra óptica¹⁴⁸ han variado diametralmente la regulación en el sector de las telecomunicaciones.

En ese sentido, el reglamento del Decreto de Urgencia 013-2009 que regule el control de operaciones de concentración empresarial deber tener siempre presente que los progresos tecnológicos y los cambios económicos son muy dinámicos y requieren de monitoreo constante, de lo contrario, tendremos análisis desfasados e inexactos.

4.2.5 No se debe medir a todos con la misma vara: no todas las operaciones de concentración empresarial son iguales

Somos conscientes de que si analizamos la superación o no de determinados umbrales podemos estar tentados a evaluar de la misma manera a todas las operaciones una vez sea superado este primer filtro. En este caso, cometeríamos un error si contemplamos una norma en ese sentido.

Si bien las operaciones de concentración empresarial podrían tener un denominador común (superar los umbrales), también es cierto que intrínsecamente pueden ser bastante distintas. Basta observar el sector en el cual se desarrollan para darnos cuenta que no todas las operaciones deben tener el mismo tratamiento. No es lo mismo una operación de concentración empresarial entre agentes económicos que proveen bienes considerados dentro de la canasta básica (como el arroz, leche, etc.) o en sectores como la salud, que una operación entre las más grandes empresas fabricantes de aviones de lujo o bebidas alcohólicas.

¹⁴⁸ Se conoce a la fibra óptica como un medio de transmisión. Generalmente se utiliza en redes de datos (como en las telecomunicaciones). Está compuesta por un hilo muy fino de material transparente, vidrio o materiales plásticos, por el que se envían pulsos de luz que representan los datos a transmitir.

Mediante las fibras se pueden enviar gran cantidad de datos a una gran distancia, con velocidades similares a las de radio y superiores a las de cable convencional. Son el medio de transmisión por excelencia, al ser inmune a las interferencias electromagnéticas y también se utilizan para redes locales donde se necesite aprovechar las ventajas de la fibra óptica por sobre otros medios de transmisión.

De acuerdo con lo anterior, consideramos adecuado que Indecopi una vez superados los umbrales tenga en cuenta una distinción de mercados. El Decreto de Urgencia 013-2019 contempla una diferenciación en las operaciones de concentración que no significarán ningún problema al proceso competitivo y de las que se requiere mayor análisis para dilucidar sus efectos.

En el primer grupo de operaciones se opta por un procedimiento con plazos rápidos, es decir, una primera fase que simplemente apruebe las solicitudes de autorización en plazos cortos, ya que no representan ningún peligro para el proceso competitivo. El segundo grupo, ya con plazos más largos y un mayor análisis, se encuentra conformado por aquellas operaciones que sí podrían tener un impacto significativo en el bienestar social. Así pues, sobre estas podría recaer una aprobación con condicionamientos o incluso, una denegatoria, como también, podría aprobarse sin condicionamientos en el caso de que haya superado previamente un examen más riguroso.

Una vez superado el primer filtro (umbrales), esta distinción de operaciones de concentración empresarial podría significar un ahorro de costos administrativos y un mayor dinamismo en la atención de solicitudes que redundaría en el bienestar social. Es de alguna manera, la misma lógica resolutive de la prohibición absoluta (regla *per se*) y la prohibición relativa (regla de la razón).

4.2.6 La necesidad de un mecanismo que garantice la oportuna atención de la solicitud de autorización

Sabemos que la administración pública muchas veces se toma su tiempo para evaluar las solicitudes de autorización que ingresan a su esfera competencial. No obstante, una dilación excesiva en una solicitud de aprobación de una operación de concentración empresarial podría ser nefasta para los agentes económicos involucrados, porque podría perder valor hasta incluso truncarse.

En tal sentido, creemos que no basta que los plazos de los procedimientos queden previamente establecidos en las normas (en la ley y en el TUPA, por ejemplo), pues se

requiere de un mecanismo que garantice el cumplimiento de los plazos.

Al respecto, nos encontramos de acuerdo con el mecanismo llamado “silencio administrativo”¹⁴⁹. Esta es una figura del Derecho Administrativo en la que se aplica un pronunciamiento ficto de la autoridad (como si se hubiese pronunciado), ya sea en sentido favorable (silencio administrativo positivo - SAP) o desestimando la solicitud (silencio administrativo negativo - SAN). La institución jurídica en cuestión se genera cuando habiendo transcurrido el plazo legal para pronunciarse de manera expresa, la administración hubiese omitido hacerlo. Por tanto, se castiga la inacción de la autoridad.

El silencio administrativo es un hecho al cual el ordenamiento jurídico le concede consecuencias jurídicas con la finalidad de dar solución a la desprotección o indefensión en que puede hallarse un administrado cuando la administración no se pronuncia expresamente sobre la petición o pretensión presentada dentro del plazo legal establecido (Defensoría del Pueblo, 2009a).

Efectivamente, la aplicación del SAP a los procedimientos de autorización de operaciones de concentración empresarial podría ayudar de gran manera a que la administración tramite de manera oportuna las solicitudes. Más allá de las responsabilidades administrativas de incurrir en demoras, de alguna manera se le garantizaría al administrado la certeza de un pronunciamiento por parte del órgano resolutor.

No obstante, existe un gran problema. El pronunciamiento mediante SAP en un procedimiento de autorización de operaciones de concentración empresarial no es firme. Como todo acto administrativo de esta naturaleza es susceptible de ser declarado nulo administrativamente y una vez vencido el plazo para la nulidad administrativa, podría ser recurrido en el Poder Judicial a través de una nulidad de oficio. Si la administración alega

¹⁴⁹ TUO de la Ley 27444.

Artículo 36.- Aprobación de petición mediante el silencio positivo

36.1 En los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo, la petición del administrado se considera aprobada si, vencido el plazo establecido o máximo para pronunciarse, la entidad no hubiera notificado el pronunciamiento correspondiente, no siendo necesario expedirse pronunciamiento o documento alguno para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho, bajo responsabilidad del funcionario o servidor público que lo requiera.

36.2 Lo dispuesto en el presente artículo no enerva la obligación de la entidad de realizar la fiscalización posterior de los documentos, declaraciones e información presentados por el administrado, conforme a lo dispuesto en el artículo 34.

causal de nulidad de acuerdo con el artículo 10 del TUO de la Ley N° 27444¹⁵⁰, y esta se declara fundada, la aprobación obtenida mediante SAP se revierte. Independientemente de las responsabilidades administrativas que se originen dentro de la institución, la situación es de bastante incertidumbre para el administrado.

Asimismo, la posibilidad de declarar nulo el acto administrativo aprobado mediante SAP es un resguardo que tiene el ordenamiento jurídico para evitar que se utilice indebidamente dicha figura y obtener beneficios indebidos o contrarios a la normativa. Se trata de evitar que no se obtenga mediante esta figura lo que no era posible obtener legítimamente de manera expresa.

Así pues, los administrados deberán esperar que se venza el plazo para pedir la nulidad de oficio en vía administrativa o en su defecto, la nulidad de oficio en vía judicial para estar completamente tranquilos respecto a su operación. Es decir, entre dos (2) y tres (3) años, respectivamente, de acuerdo con la normativa vigente¹⁵¹.

¹⁵⁰ TUO de la Ley 27444.

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

¹⁵¹ TUO de la Ley 27444

Nulidad de oficio. –

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.

213.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa.

213.3. La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos, o contado a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme, en lo referido a la nulidad de los actos previstos en el numeral 4 del artículo 10.

213.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se

A partir de lo señalado anteriormente podemos concluir que, si bien consideramos que la inclusión en la normativa del SAP es una buena herramienta para garantizar el pronunciamiento oportuno de la administración, no es una solución que resuelva el problema de manera integral. Al no tener pronunciamientos finales, siempre estará latente el riesgo de una revisión.

4.2.7 Actividad probatoria: la carga de la prueba tradicional versus la carga de la prueba dinámica

Ante la solicitud de aprobación de una operación de concentración empresarial, la administración tiene tres maneras de resolverla: (i) aprobar la operación, (ii) denegar la operación y (iii) aprobarla con condiciones o “remedios”.

Esta decisión se toma en el marco de un procedimiento administrativo en donde se valorarán los elementos probatorios que presenten las partes para sustentar su posición, así como, aquellos elementos que la misma administración pueda aportar de oficio al procedimiento.

El tema central de discusión dentro de un procedimiento de autorización de concentración empresarial es si la misma genera eficiencias económicas capaces de compensar los efectos restrictivos de competencia que se generan con la operación de concentración.

En cuanto a ello, la administración tendrá que determinar los posibles efectos que se produzcan en el mercado a causa de la operación de concentración, para lo cual contará únicamente con proyecciones y estimaciones, puesto que no se trata de un pronunciamiento sobre un hecho pre constituido, sino sobre un resultado a futuro.

En un procedimiento administrativo común, la autoridad administrativa tiene como principal tarea determinar la verdad de lo acontecido, a fin de poder establecer las responsabilidades correspondientes. Así pues, ese conocimiento señalará si el investigado vulneró una norma en particular y, si este es el caso, qué medidas se deben adoptar. Sin un

interponga dentro de los tres (3) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

conocimiento exacto y preciso sobre qué ocurrió, la autoridad no podrá tomar las medidas idóneas para resolver el problema sometido a su competencia (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016b).

En el procedimiento de aprobación mencionada previamente se deberá tener una evaluación dual. Por un lado, se debe dejar al administrado que determine los beneficios y eficiencia económica que produzca su operación. La entidad competente, por su parte, deberá calcular los efectos negativos para el bienestar social de la posible restricción de la competencia.

Los roles deben estar definidos de acuerdo con las capacidades e incentivos de las partes. Los administrados tendrán el acceso a toda la información relevante que podrá determinar el efecto. Así pues, tendrán los incentivos para probar la eficiencia económica en pos de lograr una autorización administrativa. Por su lado, la administración tiene que cautelar el bienestar social y, por lo tanto, tiene que avocarse a calcular los posibles efectos negativos y perjuicios al mercado.

Se señala que, de acuerdo con la experiencia internacional, el análisis de una operación de concentración empresarial debe cumplir con tres características: (i) el resultado deberá lograr eficiencias exclusivamente del acto de concentración. Es decir, no se consideran las eficiencias que serían alcanzadas por otro medio alternativo a este, (ii) no deben ser anticompetitivas, es decir, no debe reducir el nivel de competencia en el mercado de modo que afecte drásticamente al bienestar social y (iii) las eficiencias deben ser transferibles al consumidor y verificables por la administración (Dávila, 2012).

Al respecto, debemos aclarar que estamos convencidos de que no encontraremos pruebas directas. Debido a esto, debemos basar nuestro análisis en indicios económicos (proyecciones, cálculos, estimaciones de resultado, etc.). A lo mucho, podemos hacer uso de pruebas indirectas, es decir, aquellas en las que podemos inferir algún resultado a futuro tomando como base otros hechos o causas exógenas.

Así también, podemos utilizar en las evaluaciones de las operaciones de concentración empresarial el razonamiento por indicios como un medio válido para determinar si la operación produce efectos negativos, y en caso de producirlos, realizar una cuantificación

aproximada.

Asimismo, creemos que no es conveniente cuestionar la naturaleza de la prueba utilizada (si es directa o indirecta), sino que nuestra preocupación debería estar enfocada en determinar si los elementos probatorios se encuentran debidamente acreditados y el nexo lógico-fáctico sea lo suficientemente coherente y sólido para garantizar que a partir de los indicios se puede deducir una conclusión, respecto a la afectación en el mercado. Lo que se debe garantizar es que esa prueba, por indicios, sea pasible de un control de racionalidad de su vinculación y solidez para inferir el hecho objeto de discusión en el proceso (Talavera, 2009).

Sin embargo, existe la carga de la prueba dinámica. En ese caso, Indecopi podría cambiar la regla respectiva si considera que esto garantiza el derecho a un debido procedimiento y una mejor protección del bienestar social. La utilización de esta carga busca flexibilizar, en el caso concreto, cuál es la parte que podría probar de mejor manera un determinado hecho (Peyrano, 2008).

Este razonamiento no es nuevo, pues se viene aplicando en la jurisprudencia administrativa en el Perú. Por ejemplo, la Sala Especializada en Minería del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) en la Resolución N° 007-2015-OEFA, señaló que los indicios permiten generar certeza en la autoridad administrativa sobre determinada ocurrencia. En este caso, los utilizaríamos para un escenario que podría materializarse en el futuro.

Cabe indicar que Indecopi no ha sido ajeno a este razonamiento, pues en la Resolución N° 1343-2010/SC2-Indecopi del 21 de junio de 2010, en la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Tribunal de Indecopi se señaló lo siguiente:

En el caso objeto de controversia, debe aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas, pues resulta claro que la acreditación del defecto constituye una carga de imposible cumplimiento para el denunciante. Por el contrario, el único sujeto de la relación de consumo que se encontraba en la posibilidad de incorporar al expediente material probatorio (...) era la Clínica Oftálmica (...)¹⁵²

Por tanto, consideramos que una norma de control de concentraciones empresariales debe

¹⁵² El resaltado es nuestro.

estar definida *ex ante* en cuanto los roles probatorios de ambas partes. El administrado deberá preocuparse por acreditar los beneficios que podría generar su operación, mientras que, el Indecopi debe incidir en los posibles perjuicios que se generan y si estos superan a los beneficios.

Así pues, consideramos que debe utilizarse la carga de la prueba de manera tradicional, pues invertirla a una carga de prueba dinámica sería un error. Si bien ha sido reconocida y desarrollada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional y por algunas salas de la Corte Suprema, así como, diversos tribunales administrativos (Indecopi incluido), para el caso de la evaluación de operaciones de concentración empresarial no debería efectuarse. Al respecto, consideramos que la norma debería contemplar de manera expresa esta medida.

4.2.8 No debe ser un secreto a voces: el procedimiento de solicitud de confidencialidades de la información

Como se puede inferir fácilmente, la información que se maneja en una operación de concentración empresarial es muy sensible para las partes involucradas. La acción de poner a disposición de un tercero, en este caso, la autoridad encargada de otorgar la autorización de concentración empresarial, representa un riesgo adicional respecto a la difusión de la información en cuestión.

La autoridad competente realizará sus indagaciones en los mercados involucrados y requerirá información no solo de las empresas vinculadas a la operación, sino a otros agentes económicos participantes en el mercado. En suma, se generará un flujo importante de información, mucha de ella, de carácter confidencial para la empresa.

En ese sentido, los secretos industriales, balances financieros, estructuras de costos, información sobre la producción, planes de próximas inversiones, entre otros, serán parte de la información que la autoridad de competencia deberá recopilar y revisar. Mal haría la administración en permitir que terceros pudieran acceder al expediente. Incluso, para las empresas involucradas en el proceso de concentración, posiblemente existan partes del expediente a las cuales no deberían tener acceso por considerarse confidenciales.

El Decreto Legislativo 1396¹⁵³ señala respecto al artículo 32 del Decreto Legislativo 1034, que a solicitud de parte o de un tercero con interés legítimo, la Secretaría Técnica o CLC podrá declarar la reserva de la información de carácter confidencial.

Así pues, se consideran como tales, los secretos industriales o comerciales, la información que afecte la intimidad personal o familiar, e incluso los supuestos contemplados en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Asimismo, la información que requiera ser declarada confidencial deberá cumplir, por una parte, con ciertos requisitos como los siguientes: (i) tener un valor comercial efectivo o potencia y (ii) debe ser un conocimiento que advierta voluntad e interés de mantenerse reservado y que recaiga sobre un objeto determinado.

A su vez, mediante la Resolución N° 027-2013/CLC-Indecopi¹⁵⁴ se aprobaron los lineamientos sobre confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, con los cuales se busca determinar de manera uniforme los criterios de interpretación acerca de los requisitos aplicables a las solicitudes de confidencialidad que formulan los administrados.

Los lineamientos recogen los requisitos establecidos por la CLC que deben ser aplicables a las solicitudes de confidencialidad presentadas. Así pues, se debe evaluar la pertinencia de la información y las razones que se señalan para declarar confidencial la información, como por ejemplo, que esta no haya sido divulgada previamente, entre otras.

De igual manera, a un secreto comercial e industrial se le califica como aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad económica de la empresa la obliga a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos¹⁵⁵.

¹⁵³ Decreto Legislativo que modifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por el Decreto Legislativo 1034, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 7 de setiembre de 2018.

¹⁵⁴ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de agosto de 2013.

¹⁵⁵ Este criterio fue recogido de una evaluación realizada hace veinte años atrás, pero que se mantiene vigente. Nos referimos a lo que señala la CLC en la Resolución N° 005-99-Indecopi/CLC del 18 de agosto de 1999: “Debe entenderse por secreto comercial toda aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a estas a mantenerla en reserva fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa, tales como los aspectos relativos a la estrategia competitiva, el conocimiento adquirido sobre el negocio, la estructura de costos, relación de clientes, etc.”.

Tanto la normativa antes referida, como el Decreto Legislativo 1396 y los lineamientos tienen como finalidad que los competidores de un administrado no obtengan una ventaja para acceder a la información confidencial de la otra empresa. En este caso, sería un error que la CLC brinde información a la empresa competidora sobre las estrategias comerciales para ingresar a un mercado o facilitarles sus estructuras de costos en un producto.

Hasta ahí pareciera que los procedimientos administrativos relacionados con una solicitud de confidencialidad en el marco de una operación de concentración empresarial estarían muy bien resguardados. No obstante, nos olvidamos de un aspecto fundamental: el plazo para resolver.

Sabemos que las solicitudes de confidencialidad son procedimientos de trámite administrativo que deben ser encausados en primera instancia por la Secretaría Técnica y la CLC. No obstante, no existe un plazo para que se pronuncien. Debido a esto, una operación de concentración empresarial o una demora excesiva pueden ser tremendamente perjudiciales para los administrados.

Asimismo, sabemos que al ser un procedimiento administrativo accesorio, pero vinculado al principal, se requiere que previamente al pronunciamiento de la autoridad se resuelvan todas las solicitudes de confidencialidad¹⁵⁶. Si bien con el Decreto Legislativo 1396 se le otorga un plazo de treinta (30) días hábiles al Tribunal de Defensa de la Competencia (segunda instancia) ante solicitudes de confidencialidad apeladas, la Secretaría o la CLC en primera instancia no cuentan con un plazo para pronunciarse.

En tal sentido, consideramos riesgoso que no se regule este tema expresamente, dado que una solicitud de confidencialidad podría dilatar el procedimiento ante la falta de pronunciamiento de la primera instancia, lo cual afectaría gravemente a la operación de concentración empresarial. También creemos que así como se encuentra establecido el plazo de resolución en la segunda instancia, resulta conveniente que se establezca para la primera.

¹⁵⁶ Ver por ejemplo el caso de la denuncia interpuesta por Malva S. A. contra la Unión Andina de Cementos S. A. A. (Unacem), La Viga S. A. A., Berio y Cía S. A. C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. (Macisa), seguida en el Expediente 003-2008/CLC.

De igual manera, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1396 y la regulación de las solicitudes de confidencialidad, deberían actualizarse y precisarse los lineamientos. Incluso, nos atreveríamos a proponer un procedimiento especial para las solicitudes de confidencialidad en el marco de las operaciones de concentración empresarial, puesto que estas tienen una naturaleza distinta a los procedimientos de abuso de posición de dominio o de las mismas prácticas colusorias.

Además, los plazos deberían ser más breves y expeditivos atendiendo la urgencia y sensibilidad de la información vinculada a las operaciones de concentración empresarial. Lejos de ser una barrera o impedimento para las operaciones, debería ser una garantía de acceso al sistema para los administrados.

4.2.9 Hay que guardar las formas: el uso de la técnica legislativa para la elaboración de la norma

Finalmente, consideramos pertinente que la elaboración de una norma respecto al control de operaciones de concentración empresarial (así como toda norma) debería ceñirse a los criterios dispuestos en la Guía de Técnica Legislativa para la Elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016a).

Si antes no estábamos seguros que la propuesta normativa que se discutía en el Congreso de la República, aunque no es parte del Poder Ejecutivo, no se ceñía a la lógica de la elaboración de una norma bajo la Guía de Técnica Legislativa, el Decreto de Urgencia 013-2009, mucho menos.

En ese sentido, creemos necesario que el reglamento del Decreto de Urgencia tenga en cuenta el principio de legalidad, una coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, una redacción clara que permita una lectura inequívoca del texto, un reflejo pleno de la materia que pretende regular y sus procedimientos perfectamente diseñados, así como, los criterios de redacción técnica jurídica y organización sistemática que toda norma debería respetar.

CONCLUSIONES

Una vez desarrolladas las temáticas de los cuatro capítulos que conforman el presente trabajo, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

Los estados persiguen a través de sus políticas públicas el bienestar social, entendido como el conjunto de elementos que inciden de manera positiva en la población (salud, educación, seguridad, economía, etc.), mejorando la calidad de vida de las personas y generando oportunidades de desarrollo individuales y colectivas. En tal sentido, para alcanzar el bienestar social en los estados en donde su régimen económico se sustenta en el libre mercado, la promoción de la competencia constituye uno de los principales motores de su desarrollo.

El Derecho de la Competencia salvaguarda las leales y correctas interrelaciones de los diversos agentes económicos en el mercado. Asimismo, vigila que el proceso competitivo se desarrolle de manera natural, fuera de cualquier distorsión artificial originada a partir de prácticas anticompetitivas. En tal sentido, realiza un control de conductas que se genera de manera *ex post*, las mismas que se pueden agrupar en prácticas abusivas de posición de dominio como los precios predatorios, la discriminación de precios y condiciones, la negativa injustificada a contratar, las ventas atadas, así como, las prácticas colusorias, ya sean estas horizontales o verticales.

En la gran mayoría de legislaciones que contemplan dentro de su regulación una norma que vele por la libre competencia, a los controles de conducta (*ex post*) se les suma un ámbito de actuación más: el control de estructuras. Este es ejercido de manera *ex ante* y se orienta a una intervención en las operaciones de concentración empresarial o fusiones. En el Perú, recientemente se ha aprobado el Decreto de Urgencia 013-2009 que regula el control previo de operaciones de concentración empresarial.

Las políticas de defensa de la competencia tienen una naturaleza de intervención *ex post*. Esto quiere decir que la autoridad ejerce un papel vigilante sobre la actuación de los agentes económicos en el mercado, mientras que, la regulación económica tiene una oportunidad de intervención diametralmente opuesta. Además, cuando el Estado considera que las

políticas de competencia no son suficientes para alcanzar el bienestar social interviene en el mercado de manera *ex ante*, a fin de estimular —o simular en algunos casos— la competencia, puesto que esta no existe o resulta incipiente. Es en este supuesto que enmarcamos una intervención *ex ante* al control de concentraciones empresariales.

El control de concentraciones empresariales tiene como principal justificación la preocupación que genera el aumento del grado de concentración en un mercado determinado. Así, se señala que una operación de fusión fortalece la posición de la empresa, y en ocasiones, esto podría significar la consolidación de barreras de entrada, la eliminación de competidores, así como, una disminución de ofertas, calidades y variedades. Asimismo, podría generar como consecuencia directa un aumento en los precios, lo que traería como resultado una reducción del excedente del consumidor con la pérdida del bienestar social correspondiente.

En el Perú, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) ostenta funciones de promoción de la competencia como las funciones regulatorias. Por un lado, es el competente para tramitar los casos de infracciones a la política de competencia en su modalidad de control de conductas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias)¹⁵⁷, y por otro lado, ejerce el control de estructuras. Así pues, juega un papel de intervención en el mercado tanto *ex ante* como *ex post*. No existe otra entidad que posea esta naturaleza dual: funciones de una agencia de competencia y funciones de un organismo regulador¹⁵⁸.

Cabe agregar que según nuestro juicio, no existe norma perfecta, pues toda regulación puede ser susceptible de mejoras. Una de las razones es que la realidad supera al marco normativo al ser más dinámica e involucrar una serie de situaciones que no pueden ser previstas en una norma. Por tanto, a lo largo del tiempo, la regulación varía y hasta podría desaparecer. Así pues, tomando en cuenta este aspecto podemos señalar que las posiciones respecto a la implementación de una norma que regule el control de las operaciones de concentración empresarial no han sido pacíficas, por el contrario, han sido motivo de un

¹⁵⁷ En casos vinculados al Sector de Telecomunicaciones recordamos que la entidad competente para pronunciarse es el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel).

¹⁵⁸ *Ibidem*.

intenso debate en todos sus extremos: desde la pertinencia de su implementación y las autoridades que deberían ser competentes, hasta sus alcances y esquemas procedimentales.

Ha pasado más de un cuarto de siglo y se continúa discutiendo el tema. Por ejemplo, encontramos ciertos argumentos que tratan sobre aspectos de fortalecimiento institucional de la autoridad competente, a fin de blindarla contra el riesgo de interferencia o presiones políticas, la corrupción, la dependencia del Gobierno Central, así como, la condición de revisables judicialmente y las decisiones que se tomen en la vía administrativa. Asimismo, encontramos argumentos vinculados a los costos de implementación de la regulación y su incidencia en el mercado, mediante los cuales podemos observar la estrecha relación con las estructuras y conformación de mercados en el Perú (fragmentados y poco profundos).

Por otro lado, rescatamos puntos de vista relacionados con la información requerida para poner a andar estos mecanismos regulatorios. En relación con ello, tenemos presente lo que se señala respecto al acceso, custodia y tratamiento de la información, así como, la colaboración interinstitucional para obtener la información. De igual manera, afirmamos que toda norma debe contar con un análisis de impacto regulatorio en el que se midan los costos y beneficios de implementar determinada política legal. Se considera que una regulación debe ser subsidiaria a toda una gama de alternativas menos complejas y costosas, por lo cual debemos optar por alternativas más rápidas de implementar, y por supuesto, que representen un mayor bienestar social.

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Perú carece de una política regulatoria que se maneje de forma integral. En ese sentido, se deben buscar desde el Poder Ejecutivo las políticas rectoras que persigan una cultura regulatoria uniforme y eficiente. Al respecto, la regulación de un control en las operaciones de concentración empresarial debe caminar en ese sentido y se tiene que trabajar de forma transversal con todos los sectores involucrados y con un ánimo de colaboración interinstitucional.

Las operaciones de concentración empresarial pueden tener efectos tanto positivos como negativos en los mercados en los que se produzcan. Así pues, mucho depende de la estructura de mercado que abarcan, así como, del tipo de operación que se realiza. El

resguardo que se deberá tomar ante una fusión horizontal es distinto que frente a una fusión de conglomerado. En tal sentido, podemos señalar que es indispensable analizar caso a caso. Pueden existir metodologías medianamente uniformes de análisis de efectos de las concentraciones empresariales, no obstante, todas responden a naturalezas diferentes. Ni siquiera las operaciones que se produzcan en el mismo sector ameritan análisis similares, pues se requiere un estudio pormenorizado de cada caso en concreto.

La implementación de un control en las operaciones de concentración empresarial tiene por finalidad velar por el bienestar social. Asimismo, busca proteger el dinamismo del mercado y prevenir posibles comportamientos monopólicos o anticompetitivos producto de una gran concentración empresarial en un determinado sector. La que regula las operaciones de concentración empresarial en todos los sectores, debió tener la prioridad gubernamental debe enfocarse en fortalecer a la institución que será competente para tramitar estos procedimientos. Por tanto, se le debe brindar las herramientas económicas, logísticas y políticas para garantizar un trabajo profesional e independiente.

Asimismo, el personal responsable debe ser captado con procesos de selección rigurosos y capacitados al más alto nivel. Por el contrario, en caso de que no se apruebe una norma de esta naturaleza, de igual forma, consideramos que se debe fortalecer al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), el cual de una u otra manera podrá proteger el dinamismo del mercado, mediante un control de conductas en la modalidad de sanciones por abuso de posición de dominio. La gran diferencia en ambos escenarios sería la oportunidad de la intervención. No obstante, sea cual sea el destino de la política regulatoria, en todos los casos, se debe apostar por el fortalecimiento de la institucionalidad y capacitación de la agencia de competencia.

Cualquier norma que se implementa tiene un proceso de adaptación y perfeccionamiento. No es lo mismo la aplicación del Derecho de la Competencia en el Perú respecto a los casos de abuso de posición de dominio o prácticas colusorias que se resolvieron en la década de los noventa, que en el tratamiento hacia los casos en la actualidad. Así pues, aun cuando se haya implementado una norma de control de las operaciones de concentración empresarial, debemos ser conscientes de que esta pasará por un período de maduración. Lo que hay que procurar es cometer el menor número de errores desde el principio, porque

pensar que no se cometerán sería irreal. Por lo mismo, debemos ser capaces de realizar un control de daños.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abarca, M. (2019). Killer Acquisitions/Fusiones asesinas: I've Got You Under my Skin. *La Libre Competencia*. Recuperado de <https://lalibrecompetencia.com/2019/07/12/killer-acquisitions-fusiones-asesinas-ive-got-you-under-my-skin/>
- Agurto, R. (2018). A 25 años de su creación: Comentarios a la relación entre Indecopi y el Poder Judicial en el marco de los procedimientos concursales. *Themis - Revista de Derecho*, (72), 159–170. Recuperado de <https://doi.org/10.18800/themis.201702.008>
- Areeda, P., Kaplow, L., y Aaron, E. (2004). *Antitrust analysis: problems, texts and cases* (Wolters K|). Aspen, USA.
- Ariño, G. (2006). Logros y fracasos de la regulación. *Themis-Revista de Derecho*, 52, 43–53.
- Ballaron, E., Canals, J. y Fernandez, P. (1994). *Fusiones y Adquisiciones de Empresas, un Enfoque Integrador* (Alianza Ed). Madrid.
- Barrera, N., Gutierrez, J. y Miranda, A. (2014). *El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia* (Grupo Edit). Bogotá.
- Benegas-Lynch, A. (1998). Bienes públicos, externalidades y los free-riders: el argumento reconsiderado. *Estudios Públicos*, 71, 204. Retrieved from <http://www.hacer.org/pdf/Bienes.pdf>
- Besanko, D. y Spulber, D. (2013). Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy. *Journal of Law, Economics & Organization*, 9(1), 1–29.
- Bork, R. H. (1978). *The antitrust paradox: A policy at war with itself* (The Free P). New York.
- Briones, J., Folguera, J., Font, A. y Navarro, E. (1999). *El control de concentraciones en la Unión Europea* (Marcial Po). Madrid.
- Bullard, A., Falla, A. y Roldán, N. (2012). In God we Trust, all Other Bring Data. ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú? *Themis - Revista de Derecho*, 62, 1–55. Retrieved from <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9015>
- Bullard, A. (2003). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- Cabanellas de Las Cuevas, G. (2005). *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia* (Segunda ed; Heliasta, Ed.). Buenos Aires.
- Cáceres, F. (2002). El por qué de la libre competencia. *Derecho & Sociedad*, 19, 89–103. Retrieved from

- <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17235/17522>
- Calampa, M. y Vargas, M. (2017). *Las Fusiones y Adquisiciones en el Perú. Importación de cláusulas del Derecho Norteamericano y su implementación en las operaciones de adquisición empresariales*. Universidad ESAN.
- Caviedes, P. (2012). *Sistemas de control preventivo de fusiones en Derecho comparado* (Universidad de Chile). Retrieved from http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113019/de-caviedes_c.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- CEPAL-Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2000). Equidad, desarrollo y ciudadanía. *Equidad, Desarrollo y Ciudadanía*, 326. Retrieved from www.cepal.org
- Chumbe, A. (2011). *Contratos de exclusividad y libre competencia: tratamiento legal y jurisprudencial en búsqueda de un estándar para el análisis de la conducta*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Clarke, J. (2010). The international regulation of transnational mergers (Queensland University of Technology). Retrieved from https://eprints.qut.edu.au/33228/1/Julie_Clarke_Thesis.pdf
- Coaser, R. (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3, 1–44.
- Coate, M. (2013). Merger Policy at the Federal Trade Commission: What, If Anything, Has Changed? SSRN, 3–4. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2757301>
- Coloma, G. (2001). *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Comisión europea. (2014). *Libro Blanco: Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE*. Bruselas.
- Congreso de la República. (2017, Marzo 21). Mesa de trabajo: políticas de regulación y control de procesos de fusiones y adquisiciones de empresas. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=DC95yk51ynw>
- Cooter, R. y Ulen, T. (2002). *Derecho y Economía* (Segunda re; F. de C. Económica, Ed.). Distrito Federal de México.
- Coppola, M. (2011). ICN Best Practice: Soft Law, Concrete Results. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, 7(1), 1–5. Retrieved from <https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/1107cpicoppola.pdf>
- Crandall, R. y Winston, C. (2003). Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence. *Journal of Economic Perspectives*, 17(4), 3–26. Retrieved from

- <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.335.5519&rep=rep1&type=pdf>
- Dammert, A., García, R. y Molinelli, A. (2010). *Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Dávila, P. (2012). Reflexiones en torno al control de concentraciones empresariales. In J. Delgado Zegarra (Ed.), *¿Competidores o Monopolistas?* (pp. 97–103). Lima: Gaceta Jurídica S. A.
- Defensoría del Pueblo. (2009a). *Aplicación del Silencio Administrativo : Retos y tareas pendientes* (No. 145). Retrieved from <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-145-vf.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2009b). El *amicus curiae*: ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo. *Serie de Documentos Defensoriales*, 8, 100. Retrieved from <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26654.pdf>
- Diez Canseco, L., Falla, A., Quintana, E. y Távara, M. (2012). Control de fusiones y concentraciones en el Perú. *Ius et Veritas*, 44, 416–437. Retrieved from <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/issue/view/1101>
- Diez Canseco, L. (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. *Themis - Revista de Derecho*, 36, 39–63. Retrieved from <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/965>
- El Confidencial. (2016). Finlandia: hay vida (económica) después del declive de Nokia. Recuperado de https://www.elconfidencial.com/mundo/2016-06-23/finlandia-economia-nokia_1221115/
- Epstein, R. (2003). *Principios para una Sociedad Libre*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- European commission. (2000). Report on Competition Policy Report. Recuperado de http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2000/en.pdf
- Ezrachi, A. (2010). *EU competition law: An analytical guide to the leading cases*. Great Britain: Hart Publishing.
- Falla Jara, A. (2003). Las nuevas agencias reguladoras. “Ni muy muy ... ni tan tan.” *Ius et Veritas*, 27, 169. Retrieved from <http://www.bullardabogados.pe/las-nuevas-agencias-reguladoras-ni-muy-muy-ni-tan-tan/>
- Fernández-Baca J. (2004). *Experiencias de Regulación en el Perú*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

- Fernández-Baca J. (2006). *Organización industrial*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.
- Fernández, M. (1993). *La competencia, una introducción a las políticas de liberalización, privatización y defensa de la competencia* (Alianza Ed). Madrid.
- Fernández Sesegado, Francisco (2007). *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina*. Pensamiento Constitucional Año XII N° 12 (Fondo editorial PUCP). Lima.
- Figari, H., Gómez, H. y Zúñiga, M. (2005). Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio. *Revista de La Competencia y La Propiedad Intelectual - Indecopi*, 1, 153–187.
- Flint Blanck, P. (2002). *Tratado de Defensa de la Competencia. Estudio Exegético del D.L. 701* (Fondo edit). Lima.
- Font J. (1979). Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho Mercantil*, 152.
- Gallardo Ku, J. y Dávila, P. (2003). *Concentraciones Horizontales en la Actividad de Generación Eléctrica: El Caso Peruano*. Retrieved from http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento_de_Trabajo_02.pdf
- Gallardo Ku, J. (1999). *Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación* (No. 144). Retrieved from http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/46804/n_164.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- García Belaúnde, Domingo (1993). La reforma del Poder judicial en el Perú. *Ius et Veritas*, 4(7), 67-76. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15395>
- García, F., Paz y Miño, J. y Torrens, G. (2018). Collusion, Mergers and Antitrust Policy. *SSRN Electronic Journal*, (2015), 1–52. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3273118>
- Gellhorn, E., Kovacic, W. y Calkins, S. (2004). *Antitrust Law and Economics* (Thomson-We). St. Paul (MN).
- Gerencia de Estudios Económicos (GEE) - Indecopi. (2005). *Control Previo de Fusiones y Adquisiciones en el Perú en el Marco del Proyecto de Ley de la Competencia*. Lima.
- Global Risk Insights. (2018). The peso crisis en Argentina: A risk Analysis. Recuperado de <https://globalriskinsights.com/2018/09/peso-crisis-argentine-risk-analysis/>
- Goñi, N. (2018). Cuestiones de actualidad en el control de concentraciones: las adquisiciones

- minoritarias que no otorgan el control. In J. MIRANDA SERRANO, Luis María y COSTAS COMESAÑA (Ed.), *Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad* (Marcial Po, p. 419). Madrid.
- Gürtler, O. y Kräkel, M. (2009). Hostile Takeover and Costly Merger Control. *Public Choice*, 141(3/4), 371–389. <https://doi.org/10.1007/sl>
- Herhård, L. y Muller, A. (1981). *El orden del futuro. La economía social de mercado*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Hildebrand, D. (2016). *The Role of Economic Analysis in EU Competition Law* (Wolters Kluwer). UE: Kluwer Law International.
- Hovenkamp, H. (2005). The antitrust enterprise. Principle and Execution. In *Harvard University Press*. Cambridge, Mass.
- Iguíñiz, E. (2009). *Economía y derechos sociales* (Instituto). Lima.
- Indecopi. (2019). Balance 2018: el Indecopi logró que el Poder Judicial confirme 1542 casos resueltos por los órganos resolutivos de la institución. Recuperado de https://www.indecopi.gob.pe/en/noticias/-/asset_publisher/E4hIS8IHZWs9/content/balance-2018-el-indecopi-logro-que-el-poder-judicial-confirme-1-542-casos-resueltos-por-los-organos-resolutivos-de-la-institucion?inheritRedirect=false
- Jiménez, F. (2010). *La economía peruana del último medio siglo: ensayos de interpretación* (CISEPA-PUCP, Ed.). Retrieved from http://biblioteca.clacso.edu.ar/Peru/cisepa-pucp/20170323033202/pdf_616.pdf
- Justia. (2013). Mitchell v. Reynolds, No. 0:2012cv01501 - Document 26. Recuperado de <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/south-carolina/scdce/0:2012cv01501/190279/26/>
- Kay, J. (2009). The Rationale of The Market Economy: A European perspective. *Capitalism and Society*, 4, 3.
- Kovacic, W. (1998). Merger Enforcement in Transition: Antitrust Controls on Acquisitions in Emerging Economies. *Cincinnati Law Review*, 66, 19–20.
- Kresalja, B. y Ochoa C. (2009). *Derecho Constitucional Económico* (Fondo Edit). Lima.
- Kresalja, B. (2001). La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993. *Ius et Veritas*, 22, 292.
- Landa Arroyo, César (2006). Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional. *Ius et Veritas*, N°16(32), 249-262. Recuperado a partir de

- <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12391>
- Lasheras, M. (1999). *La regulación económica de los Servicios Públicos* (Editorial). Barcelona.
- Leibowitz, J. D. (2010). *Statement of Chairman Leibowitz on the release of the 2010 Horizontal Merger Guidelines*. Retrieved from https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/804301/100819hmgleibowitz.pdf
- Limárquez, M., Gavela, A. y Hortalá, J. (2013). *Tratado de Derecho de la Competencia* (Editorial; A. G. del E.-D. del S. J. del Estado, Ed.). Pamplona.
- Lizana, C. y Pavic, L. (2002). Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios. *Revista Chilena de Derecho*, 29.
- Mankiw, N. (2002). *Principios de Economía* (Segunda ed; A. Navarro, Ed.). Retrieved from https://claseseconomia2015.files.wordpress.com/2015/04/mankiw_principios_segundaed.pdf
- Marcos, F. (2012). ¿Necesita el Perú un Control de Concentraciones? In J. Delgado Zegarra (Ed.), *¿Competidores o Monopolistas?* (Gaceta Jur, pp. 35–44). Lima.
- Martín Tirado, R. (2002). Análisis de la función normativa de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. La dicotomía del rol del Estado en la actividad económica: subsidiariedad y solidaridad. *Ius Et Veritas*, 12(24), 93–111. Retrieved from <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16173/16590>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2016a). *Guía de Técnica Legislativa para elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo* (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ed.). Retrieved from <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/07/MINJUS-DGDOJ-Guia-de-Tecnica-Legislativa-3era-edición.pdf>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2016b). *Guía práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos* (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ed.). Retrieved from <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/12/MINJUS-DGDOJ-Guia-practica-sobre-la-actividad-probatoria-en-los-procedimientos-administrativos.pdf>
- Miranda, A., Gutierrez, J. y Barrera, N. (2014). *El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez.
- Miranda, A. y Gutierrez, J. (2007). Historia del Derecho de la Competencia. Orígenes y Evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina. *Revista Boliviana de*

- Derecho*, 3, 215–267.
- Morón, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444* (Décimo seg). Lima: Gaceta Jurídica S. A.
- Motta, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Retrieved from https://danielmorochoruiz.files.wordpress.com/2015/09/massimo_motta_competition_policy_theory_and_practice-org.pdf
- Myers, S. C. (1972). The application of the finance theory to public utility rates cases. *Bell Journal of Economics and Management Sciences*, Vol. 3, 1, 58–72. Retrieved from <https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/46825/applicabilityoff00myer.pdf?sequence=1>
- Navarro, H. (2017). ¿Puede el derecho subjetivo influir en la construcción del derecho objetivo? *Resistencia: Revista de Los Estudiantes de La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*, 5, 52–55. Retrieved from <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5602/1/13-TC-Navarro.pdf>
- Neven, D. y Röller, L. (2005). Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control. *International Journal of Industrial Organization*, 23(9–10), 829–848. <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2005.08.011>
- Nihoul, P. (2005). *Introducción al derecho de la competencia. Posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas* (Universidad). Bogotá.
- North, D. C. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. In *Cambridge University Press* (Press Synd). Retrieved from http://epistemh.pbworks.com/f/8.Institutions__Institutional_Change_and_Economic_Performance.pdf
- OCDE. (2005). Third Meeting of the Latin America Competition Forum. Recuperado de <https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2005%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>
- OCDE. (2016). Estudios de la OCDE en Reforma Regulatoria. Política Regulatoria en el Perú: uniendo el marco para la calidad regulatoria. Recuperado de <https://bit.ly/2Bjexmy>
- OCDE. (2016). Programa País OCDE-Perú. Resúmenes ejecutivos y principales recomendaciones. Recuperado de <https://bit.ly/2w2Fncy>
- OCDE. (2018). Programa País OCDE-Perú. Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia. Recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf>

- Olaechea Álvarez-Calderón, J. (1988). El surgimiento del derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas. *Themis - Revista de Derecho*, 11, 41–44.
- Osinergrmin. (2016). *La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país* (Gerencia d). Retrieved from http://www.osinergrmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Osinergrmin-Industria-Electricidad-Peru-25años.pdf
- Pallares, F. (1988). Las políticas públicas: el sistema político en acción. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 62, 22. Retrieved from [http://cienciasociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/4/2013/archivos/Pallares, Francesc \(1988\).pdf](http://cienciasociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/4/2013/archivos/Pallares, Francesc (1988).pdf)
- Pérez, M. (2012). *La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea* (Ediciones). Retrieved from http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/b75be7_unioneuropeaempresas.pdf
- Pérez, M. (2015). *La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la Unión Europea* (Universidad de Córdoba). Retrieved from [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C6481182F53FF62A052581D9007462B8/\\$FILE/2015000001137.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C6481182F53FF62A052581D9007462B8/$FILE/2015000001137.pdf)
- Peyrano, J. W. (2008). *Cargas probatorias dinámicas* (Rubinzal-). Santa Fe.
- Poder Judicial del Perú. (2013). Juzgado especializado o mixtos. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuperiorLimaPJcs/s_csj_lima_nuevo/as_inicio/as_sedes/as_juzgados_especializados_mixtos/as_contencioso_administrativo/
- Ponce, F. (2017). La independencia del regulador. *Blog de la Maestría en Regulación de Servicios Públicos*. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mregulacionsp/2017/11/16/la-independencia-del-regulador/>
- Posner, R. (1998). *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Law and Business.
- Quintana Sánchez, E. (1999). ¿Rezando entre Tinieblas?: El Credo del Control de Concentraciones Empresariales. *Themis, Revista de Derecho*, N° 39, pp. 224 y 225.
- Quintana Sánchez, E. (2013). *Libre Competencia*. <https://doi.org/10.2307/j.ctvnngmx.10>
- Quintana Sánchez, E., Zúñiga, T. y Granda, C. (2013). Mesa Redonda : “ Derecho de la Competencia Versus Fusiones y Adquisiciones : el Estado de la Cuestión en el Perú .” *Derecho & Sociedad*, 41, 1–10.
- Quiroga, M. y Rodríguez, M. (1997). *La Concentración de Empresas y la Libre Competencia* (Editorial). Lima.

- Reyna, C. (2000). *La anunciación de Fujimori. Alan García 1985-1990*. Lima: Desco. Centro de Estudios de Promoción y Desarrollo.
- Risso, G. (2002). *Economía y Derecho. Acerca de la instrumentalización económica del Derecho* (Editorial). Buenos Aires.
- Ritter, L. y Braun, W. (2004). *European competition law: a practitioner's guide* (Kluwer Law). Países Bajos.
- Rubio, M. (1999). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho* (Octava edi). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sánchez, S. (2003). *Estado y mercado en la economía clásica* (Fondo edit, Vol. 27; M. A. Contreras Carranza, Carlos y Glave Testino, Ed.). Retrieved from <https://ideas.repec.org/b/ext/figrig/46.html>
- Correa-Rey, V. (2005). Contra el Control de Fusiones. *Revista Economía y Derecho*, 6, 79.
- Schwab, K. (2018). The Global Competitiveness Report 2018. In *Insight Report World Economic Forum*. Retrieved from http://www.cdi.org.pe/pdf/IGC/2018/The_Global_Competitiveness_Report_2018.pdf
http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf
- Soriano, J. (1998). *Derecho público de la competencia* (Idelco / M). Madrid.
- Stiglitz, J. (2000). *La economía del sector público* (Antoni Bos). Barcelona.
- López, P. y Ballón, F. (2017). Síntesis de la Defensa de la Libre Competencia en el Perú: Contenido y Aplicación del Decreto Legislativo N°1034.- Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA). *Revista de Derecho de La Universidad de Piura*, 18, 17.
- Sullivan, T. y Harrison, J. (2008). *Understanding Antitrust and its Economic Implications* (Lexis Nexi). USA.
- Talavera, P. (2009). *La Prueba en el nuevo proceso penal* (Academia d). Lima.
- Tassano, H. (2016). Competencia y regulación. *Derecho PUCP*, (76), 105–121.
- Tirole, J. (1990). *La teoría de la organización industrial* (Editorial). Barcelona.
- Tirole, J. (2017). *Economics for the common good* (Princeton). New Jersey, USA.
- Torre, M. (2014). *La aplicación del Derecho de la Competencia en Europa. Intereses en juego y vías de tutela* (Thomson Re). Navarra.
- Transparencia, A. C. (2008). *Guía para la evaluación de proyectos de ley*. Retrieved from [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4B87D68F87F82A9C05257ED5006BC44F/\\$FILE/guia.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4B87D68F87F82A9C05257ED5006BC44F/$FILE/guia.pdf)

- Transparency International. (2017). Índice de Percepción de la Corrupción 2017 de Transparencia Internacional. Recuperado de https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/tabla_sintetica_ipc-2017.pdf
- Weyl, G. (2012). Retos para un mercado de Libre Competencia. In J. Delgado Zegarra (Ed.), *¿Competidores o Monopolistas?* (Gaceta Jur, pp. 55–61). Lima.
- William Simpson, R. y Vasaly, M. (2004). *The Amicus Brief: How To Be A Good Friend Of The Court* (Sétima edición; V. Rey Rodríguez, Óscar y Steven Walkowiak, Ed.). USA: ABA Book Publishing.
- Wish, R. y B. D. (2009). *Competition Law* (Sexta Edic). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Witker, J. (2000). *Derecho de la competencia en América. Canadá , Chile , Estados Unidos y México* (Primera ed; I. de I. J. de la U. N. A. de México, Ed.). Chile.

