

Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático

Trabajo de Investigación Anual

INDICE

El Control de Concentraciones:

¿Es necesaria su regulación en el Perú?

Una reflexión a propósito del caso Epena y Maestro

1. *Sumario*
2. *Introducción*
3. *Antecedentes*
4. *Algunos modelos de operaciones corporativas de Concentración en el Perú.*
5. *Derecho Comparado: ¿Cómo opera el control de concentraciones?*
6. *Análisis del Proyecto de Ley*
7. *Posturas de invitados en el evento realizado sobre el Control de Concentraciones: Evento “Mitos y Realidades en el desafío del Control de Concentraciones en el Perú.*
8. *Algunos casos corporativos.*
9. *Conclusiones*
10. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

Como Centro de Investigación de Derecho Corporativo nos complace presentar en esta oportunidad el Trabajo de Investigación sobre **“Mitos y Realidades en el desafío de regular las concentraciones económicas en el Perú”**.

Este trabajo es básicamente realizado por alumnos de pregrado como una forma de estimular y fomentar en ellos la investigación en el ámbito del Derecho Corporativo, bajo la dirección del centro, apoyados por especialistas en la materia y personalidades de empresas e instituciones vinculadas al tema y que gentilmente participaron con nosotros en este proyecto, en el evento convocado para el efecto.

El tema se elige por las fusiones y adquisiciones que se vienen produciendo en el Perú debido al bienestar económico producido en nuestro país en los últimos años, lo que ha generado una exposición a inversionistas interesados en nuestro mercado dando el atractivo para que tanto inversionista nacionales como extranjeros emprendan grandes adquisiciones y/o fusiones.

En efecto, yo he sido la primera sorprendida por los números encontrados en relación a este tema. Aparentemente pasaría desapercibido el movimiento que están haciendo las empresas para expandirse, a no ser que se confirme en datos que las diferentes fusiones producidas en los últimos tiempos han permitido colocar a nuestro país en el tercer lugar luego de Brasil y México, desplazando de esta manera a Chile y Colombia. Según la revista Perú record de compras y fusiones 2013, en el Perú el crecimiento ha sido del 208.1% en fusiones y adquisiciones. El valor llegó a US \$ 12,254 millones según datos de Thomson Reuters publicados por Lativex, casi igual a Chile y Colombia.

Por tanto, el propósito de este trabajo de investigación ha sido revisar y poder discutir la viabilidad de regular las concentraciones económicas en el Perú producto del auge producido en las fusiones y adquisiciones, a propósito de sucesos como el caso Epena y Maestro tan sonados en este año.

Tan interesante tema sabemos que merece de especial atención por lo que para el trabajo de investigación vimos por conveniente una vez más, la dinámica del año pasado, organizar un conversatorio con la invitación a distinguidas personalidades de la especialidad para que nos den sus perspectivas sobre el particular, a quienes aprovechando este medio, agradecemos infinitamente por permitir que podamos contar con sus aportes y compartir sus experiencias.

Quiero agradecer también a los profesores del Centro y a los alumnos que participan y nos acompañan en esta empresa, por creer en los objetivos que nos hemos planteado y los proyectos que tenemos a futuro; así como, a las personas que nos leerán por su comprensión y paciencia por cualquier deficiencia encontrada, pues reconocemos que es un tema muy ambicioso y que merece un posterior análisis más exhaustivo pues esta primera parte, básicamente ha sido de recolección de información, pidiéndoles las disculpas del caso; y nos hagan llegar sus comentarios al correo del centro, lo que nos permitirá seguir mejorando en los próximos trabajos.

Lima, diciembre de 2014.

Dra. Mariela Casanova Claros
Presidente CEDEC

2. ANTECEDENTES

Sabemos que las compañías emprenden las fusiones y adquisiciones con el propósito de alcanzar determinados objetivos estratégicos y financieros. Para A. Simon & Schuster, es posible definir los motivos para las adquisiciones en términos de los objetivos de la estrategia de negocios y empresarial del adquirente. Esto implica también la unión de dos organizaciones que a menudo presentan personalidades empresariales, culturas y sistemas de valores dispares, que las personas de a pie no perciben. Se dice también que las fusiones a veces tienen implicancias anticompetitivas y, como resultado en muchos países despiertan un riguroso escrutinio antimonopolista.

Por otro lado, se sabe que las razones para llevar a cabo una fusión puede ser muchas, principalmente, centradas desde el punto de vista económico buscando sinergias tales como por ejemplo:

- ✓ **Una Integración horizontal y sinergia operativa.** Que buscan a empresas del mismo sector industrial o de negocios. La sinergia operativa que se puede conseguir de dos formas: aumentando los ingresos o reduciendo los costes.
- ✓ **Economías de integración vertical,** las que buscan expandirse para aproximarse con sus productos al consumidor final o a la fuente de la materia primera utilizada.
- ✓ **Eliminación de una gestión ineficiente,** para prevenir la decadencia de la empresa, haciéndola recobrar la salud perdida.
- ✓ **Ventajas fiscales no aprovechadas,** sinergias de tipo fiscal que implica la posibilidad de reducir el pago de impuestos mediante justamente la fusión o adquisición de una empresa de modo que la carga fiscal de ambas compañías se vea menor.
- ✓ **Como forma de emplear los fondos excedentes,** y no se quiere hacer en el propio negocio
- ✓ **Combinación de recursos complementarios,** como por ejemplo por un único producto, producción a escala, capacidad de producción y distribución, entre otros que hacen hayan complemento entre las fusionadas, entre otras.

Lo expuesto, sin contar buscar la diversificación del riesgo, que puede haber intereses de los accionistas por la revalorización de las acciones, de los directivos

por protagonismo o intereses personales sobre todo en el porcentaje de remuneración extra que reciben por llegar a las metas económicas de la empresa, entre otros.

Ahora bien, el enorme poder económico que pueden generar las fusiones o concentraciones económicas y por las consecuencias que estos pueden producir en el proceso democrático y bienestar de los ciudadanos, internacionalmente se ha hecho preciso procurar la regulación de estos fenómenos.

El origen de las normas legales que regulan las concentraciones del poder económico se da en EE.UU. con la promulgación de la Ley Sherman en 1890. Debido a la relevancia del tema y la falta de regulación comparada que satisfaga una necesidad regulatoria, para que se promulgue la ley hubo un extenso debate y el argumento principal para su aprobación fue que si se permite la concentración excesiva del poder económico, existe un potencial peligro democrático, ya que los grandes corporaciones, tales como las empresas multinacionales, que tienen mucho poder económico pudieran llegar a decidir quién gobierna y terminaran pervirtiendo el proceso político.

Para aprobar dicha ley no fue solo económico sino también se centraba en la afectación a las pequeñas empresas, en su mayoría familiares, que estaban desarrollándose y todavía no tenían una cuota de mercado trascendente.

Nuestro país no ha adoptado un régimen de control de concentraciones en forma de fusiones, por lo cual, el estado se encuentra impedido de controlar las concentraciones empresariales –específicamente las fusiones propias- por ende las empresas pueden fusionarse y generar monopolios ya que no hay ninguna norma que regule la necesidad previa de verificar si dicha fusión terminará afectando el régimen de libre competencia en el mercado.

No obstante lo anterior, ¿Existe alguna justificación para esta falta de regulación? Concretamente si, debido a que el hecho de que el marco regulatorio actual no hace necesario la creación de un marco específico sobre concentraciones.

Se entiende que, cuando hay concentraciones económicas surge el monopolio y el monopolio termina afectando al consumidor, debido a que la falta de competencia también supone la falta de opciones del consumidor al momento de elegir un producto o servicio específico, obligándolo a buscar –en el escenario que no se encuentre en condiciones de adquirir del monopolista el bien o servicio- un bien sustituto para satisfacer su necesidad.

Asimismo, debido a que con las concentraciones económicas las cuotas de mercado se van concentrando en una o pocas empresas. A así, al tener una cuota

de mercado grande y una posición de dominio, las empresas pueden actuar en el mercado independientemente de la conducta de sus consumidores. Es decir, ofrecer productos sin importarles la calidad ya que no tiene competencia o la poca que existe no termina afectándolos debido a la posibilidad de que sean productos inelásticos; en pocas palabras, son empresas que tienen tanto poder y cuota de mercado que pueden actuar sin importarles lo que los consumidores quieren o esperan del producto. De esa manera, se genera un efecto cadena, ya que se reducen los costos en desarrollo y mejoramiento de productos, se reduce la calidad de los mismos, y ante la falta de competencia- se aumentan de forma indiscriminada los precios, siendo los únicos afectados los consumidores.

Por consiguiente cuando hay monopolio, en principio, se puede reducir o hasta eliminar por completo la libre competencia y habrá una redistribución de riqueza de los consumidores hacia los propietarios de las empresas. De lo contrario, cuando hay libre competencia entre empresas ejerciendo presión mutua entre los competidores en el mercado, el beneficiario seremos los consumidores que tendremos a nuestra disposición mejor calidad de bienes producidos, mejores precios y mejor servicio.

En la concentración empresarial lo que más preocupa son las fusiones horizontales, las cuales se dan con empresas de la misma actividad en una estructura industrial determinada. Esto daría lugar a que como las empresas fusionadas tienen un tamaño absoluto del mercado por ende el nivel de concentración resulta elevado por lo que sus decisiones afectarían en los precios.

Cuanto mayor es el grado de concentración, menor es el número de empresas participantes en el mercado, con lo cual, se incrementa el precio y disminuye la cantidad producida. Como contraposición, cuando existe un número mayor de empresas en el mercado se generan las condiciones necesarias para crear competencia y el horizonte de inversión de las empresas se encuentran afectadas por el comportamiento de los consumidores Ergo, el aumento de la concentración económica reduce el bienestar social, cuando como consecuencia de esta concentración se reducen las condiciones necesarias para crear competencia.

CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

En la primera Revolución Industrial los capitalistas se desarrollaban compitiendo libremente en un libre mercado. Durante la segunda Revolución Industrial, se inclinó al control del mercado bajo un régimen de monopolio en el cual las pequeñas empresas eran absorbidas por las empresas más fuertes y poderosas económicamente.

Durante este proceso de la concentración económica resaltó la figura de “el cartel”; que es el acuerdo de dos o más empresas que fijan como deben de actuar dentro del mercado, ya sea acordando precios, las reparticiones de cuota de mercado, entre otros.

Para la Superintendencia de Concentraciones de El Salvador, por ejemplo, “Se considera que existe una concentración: Cuando agentes económicos que han sido independientes entre sí realicen entre otros: actos, contratos, acuerdos, convenios, que tengan como finalidad la fusión, adquisición, consolidación, integración o combinación de sus negocios en todo o partes.

Cuando uno o más agentes económicos que ya controlan por lo menos otro agente económico adquieran por cualquier medio el control directo de todo o de parte de más agentes económicos”

La Superintendencia de Competencia - para el caso peruano, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI- es el encargado de revisar si las concentraciones económicas (solo Sector Eléctrico en el caso de nuestra regulación) o las fusiones que se den disminuirán o eliminarían la libre competencia.

Ahora bien, las fusiones propiamente dichas no son los únicos casos de concentración empresarial, ya que también existen casos de las fusiones impropias o indirectas como las que se mencionan a continuación:

1. Venta de todo el patrimonio de una sociedad a otra sociedad.- Una sociedad estipula con otra el acuerdo de transmitirle mediante el pago de un precio su patrimonio (activo y pasivo) de modo que la compradora reciba toda la empresa de la vendedora, a la que entrega precio pactado. En otras palabras, ésta transferencia de patrimonio constituye una “transmisión global de todo activo y el pasivo de una sociedad a otra, quedando la primera como dueña de acciones de la segunda, o adjudicándolas a sus accionistas por venta, reducción de capital o disolución y liquidación”.
2. Venta total de acciones.- Ésta operación supone que la sociedad adquiriente obtiene el control accionario total de la sociedad adquirida, “de modo que de facto puede operar como si los dos patrimonios empresariales constituyeran uno solo”.
3. Venta de paquete de control accionario.- Como bien lo precisa el maestro ELIAS, esta fusión impropia versa en “[l]a formación, por parte de un grupo afín de socios, de una sociedad “holding” (o sociedad inversora en acciones o participaciones societarias) que adquiere el control de dos o más sociedades existentes, con lo que estas últimas pasan a formar parte de una unidad, con la misma dirección

Y administración".

4. Creación de grupos de sociedades.- a través de la adquisición de los paquetes de control mencionados en el punto 3, una sociedad dominante puede tener el control directo o indirecto de las sociedades que conforman el grupo, teniendo la sociedad dominante el control en la toma de decisiones.

Volviendo al tema que nos aboca, según el economista José Ignacio Távara Martín, con las concentraciones económicas o las fusiones se genera el monopolio el cual solo perjudica al consumidor, volviéndose así el consumidor en el sujeto pasivo de la concentración económica.. Por ello, al tener las empresas una cuota grande dentro del mercado, estos pueden actuar libremente dentro de él sin importar sus consumidores. En pocas palabras, las empresas pueden hacer lo que quieran y tratar como quieran a sus consumidores.

Definición

Podemos entender por Concentración Económica que es el resultado obtenido cuando dos o más empresas independientes se fusionan o cuando una empresa toma el control de la otra, adquiriendo el control.

De ello, se puede definir como la toma de control de una o varias empresas ya sea por: fusión, transferencia, adquisición de acciones, o por cualquier otro acto societario-corporativo por el que se otorgue influencia determinante en las decisiones de una empresa.

Como señala Eduardo Bueno Campos "El concepto de concentración de empresa hace referencia al efecto que esta tiene sobre el mercado, sector o el sistema económico en que actúa. La concentración se produce primero como consecuencia de un proceso de acumulación interna o en el seno de la empresa, y posteriormente se produce un proceso de acumulación externa o de integración de otras capacidades productivas existentes, proceso que es conocido también con el nombre de «concentración horizontal». Ambas acumulaciones definen genéricamente las formas de crecimiento de la empresa".¹

De ello Bueno deduce que "Es todo proceso que acumula en pocas manos o centros de decisión el capital y las capacidades productivas de un conjunto de empresas. El resultante de esta acumulación se conoce como grupo de sociedades".

El resultante de las conclusiones de Bueno nos lleva a que "La concentración entre empresas es una forma de modificar la estructura del mercado, ya que siempre ocasiona una concentración del poder económico o de decisión en la

¹ Bueno Campos, Eduardo. Introducción a la Organización de Empresas. Editorial UDIMA.

industria o sector. Si el aumento del tamaño de las empresas en un sector no es consecuencia del proceso de acumulación interna y, por tanto, simétrica con la expansión de la demanda global del mercado, en el seno de la industria se estará produciendo una concentración empresarial a través del proceso de fusiones y adquisiciones de empresas y participación en el capital de las mismas. Fenómeno que caracteriza la mayor concentración económica en el sector, ya que con la misma demanda los agentes competidores serán menos”.

A ello, se presentaría como una posición en contrario lo que señala Duran Carrión “Podemos concluir en forma válida que no basta tener cierta posición especial en el mercado para caer en una práctica monopólica, sino que para ser tal, debe actuarse indebidamente, concertando para obtener beneficios y causar perjuicios a otros, abusando de su posición de dominio para limitar, restringir o distorsionar la libre competencia, de modo que generen perjuicio para el interés general económico general en el territorio nacional...”²

De este tema, se desprenden los argumentos a favor y en contra de los controles de fusiones de las empresas o controles a las concentraciones económicas, como una respuesta a la problemática de ejercer el control sobre las fusiones de las empresas, lo cual, podría generar monopolios o si se da el caso, ocupar posiciones de dominio.

El derecho de competencia en EEUU.-

El derecho de competencia nació, en los Estados Unidos, con las leyes anti trust que datan del año 1890.

La primera norma de competencia fue The Sherman Act (1890), teniendo como objetivo principal la prevención de prácticas colusorias y la monopolización. Más tarde, en 1914, se promulgaron The Clayton Act y the Federal Trade Commission Act, teniendo como objetivo, la primera, el control de fusiones y evitar la discriminación de precios y, la segunda, la creación de una agencia de competencia que restringiera las prácticas monopólicas y protegiera los derechos de los consumidores. Las normas señaladas fueron establecidas por el Congreso para todos los casos en el que el comercio se viese vulnerado, tanto inter como extra estatal.

Posteriormente, en el afán de proteger su mercado, Estados Unidos dictó la Foreign Trade Antitrust Improvements Act (1982) por la cual, incluso las empresas que no tienen presencia dentro de su territorio pero realizan una

² Durand Carrión, Julio. Tutela Jurídica del Consumidor y de la Competencia. Editorial San Marcos, Lima. p. 162.

conducta que afecta al mercado norteamericano se encuentran sometidas a las leyes de competencia estadounidenses.

¿Cuáles son las autoridades encargadas de proteger el derecho de competencia en EEUU?

Al igual que en distintas legislaciones, las autoridades encargadas de resolver y supervisar los temas de competencia son entidades especializadas.

Mediante la Sherman Act, se invistió al Departamento de Justicia para encargarse de los temas relacionados al Derecho de Competencia. Pero, con la creación de la Federal Trade Commision (FTC), en 1914, se buscó complementar la labor desempeñada por el Departamento de Justicia. Sin embargo, y, a pesar que la FTC complementa la labor del Departamento de Justicia, esto no implica un orden de jerarquía entre ambas.

La FTC tiene la calidad de agencia pública independiente, dirigida por cinco comisionados, los mismos que son escogidos por el Presidente y confirmados por el Senado, para una labor desempeñada por siete años.

El Departamento de Justicia tiene la atribución de realizar investigaciones y denunciar ante los tribunales federales las violaciones a la libre competencia

Acerca de la regulación del Control de Fusiones.-

En principio, la regulación americana dejó de lado el control de fusiones; sin embargo, en 1890, luego de numerosas fusiones, y algunos problemas de competencia, fue necesaria la implementación de políticas que regulasen lo concerniente a las fusiones.

Motivo por el cual, se dictó the Clayton Act, mediante la que se prohibió la adquisición y fusión de empresas, si es que la transacción compromete la competencia o es propensa a crear un monopolio.

Luego, con la Hart-Scott-Rodino Act, en 1976, se creó la obligación de avisar previamente al Departamento de Justicia y a la FTC de potenciales fusiones, si es que éstas implicaran transacciones desde o mayores a 200 millones de dólares (este monto es reajustado anualmente).

Los argumentos en contra de la implementación de un sistema general de control de fusiones y concentraciones en el Perú:

Actualmente muchas legislaciones internacionales han agregado a su normativa el control de fusiones y concentraciones como defensa de la competencia. Todas estas legislaciones acuerdan que el sistema de control de concentraciones se propaga a nivel mundial.

Por lo contrario, en nuestro país, el argumento de la libertad de empresa es el principal para quienes conforman la oposición al establecimiento del sistema de control de fusiones y concentraciones en el Perú. Debido a ello, señalaremos algunos de los argumentos en contra de la implementación del control de fusiones y concentraciones en el Perú.

Se evaluó el desempeño del control de fusiones y concentraciones, lo cual nos lleva a los siguientes argumentos:

El daño que podría causar el control de fusiones a las economías en desarrollo las cuales a través de las fusiones buscan alcanzar el desarrollo y lograr competir con economías a gran escala.

La falta de mecanismos de evaluación y controles previos a la fusión, los cuales permitirían que no sea necesario un costoso control de fusiones por parte del gobierno. Dejando al control de fusiones como un procedimiento innecesario ante un efectivo control previo a la fusión.

En ausencia de mecanismos de evaluación y control previo, estas fusiones reducen el bienestar de la sociedad. Teniendo como realidad que es muy difícil y costoso revertir una fusión una vez que ésta ya se ha producido. Es por ello que los altos costos que imponen los gobiernos afecta la competencia.

Otro argumento podría ser la falta de especialidad de las autoridades del estado, ante la falta de experiencia e investigación en temas de fusiones, lo cual queda en cuestionamiento debido al desempeño que vino realizando INDECOPI durante estos años en los temas de fusiones.

Ante ello, el argumento de la dificultad del análisis de fusiones que podría llegar a generar que las fusiones permitan el control de la economía en sentido contrario a una reforma económica. Lo cual en nuestro país es un tema en desarrollo al encontrarnos con políticas no transparentes y la interferencia de la política en las decisiones de los órganos del Estado.

En nuestra legislación se carece de medidas que reduzcan la lentitud burocrática, lo cual no permite claridad en las fusiones, es así que deterioran las condiciones de competencia y se consideran motivos de preocupación de las empresas. Las fusiones deben proceder con celeridad, reducir al mínimo los obstáculos y optimizar la información para llevarlas a cabo.

No se trata entonces de negarse por principio al control de las concentraciones empresariales, ni tampoco de irse al otro extremo de pretender regular y controlar todas las operaciones de concentración. Se trata de "estabilizar el

péndulo", adoptando un marco normativo razonable y consistente, adecuado al nuevo contexto económico a escala global.

Los argumentos a favor

Hoy en día, por el propio dinamismo de la actividad económica, podemos advertir que un fenómeno que ha permitido modificar la estructura de los mercados y ha venido incrementándose en los últimos años en el Perú, es el de las fusiones y concentraciones empresariales. Al respecto, en aras de salvaguardar la competencia, a fin de evitar la limitación, restricción o alteración de la misma, el derecho ha decidido intervenir a través de un proyecto de ley, por el cual se establecen mecanismos de control sobre las fusiones y concentraciones empresariales; es por ello que, a continuación mencionamos los principales argumentos a favor de dicho control:

Muchas veces se arguye que un mercado como el peruano por ser un mercado pequeño, tiene una producción baja, con lo cual es habitual que se den ciertas concentraciones para generar economías de escala y no un control sobre el mercado.

Sobre lo expuesto, es importante mencionar que, en una realidad como la nuestra, basta con que tres o cuatro empresas desempeñen actividades de una manera competitiva y no fabricando un cartel. Siendo ello así, con un control sobre las concentraciones, evitaríamos que se desvirtúen éstas y no daríamos lugar a que se instaure un monopolio.

Cuando nos referimos a un control en las concentraciones, estamos hablando de un mecanismo de evaluación. Dicho mecanismo consistirá en procedimientos: simples, expeditivos y transparentes; de esta manera, conseguiremos reducir los costos cuando no lo son, debido a que serán plenamente conocidos por cada uno de los intervinientes, generando predictibilidad

Otra opción a tener en cuenta, sería el silencio administrativo positivo, a través del cual: una vez evaluada la operación durante un periodo determinado, automáticamente se aprobaría; consiguiendo así, disminuir los gastos administrativos.

Destacando que la finalidad del control de concentraciones, responde a una función disuasiva; es decir, la mencionada regulación busca que las operaciones de concentración que son perjudiciales para la sociedad, no se den; protegiendo de esta manera el mercado, logrando que las empresas solicitantes desistan de concretar esta operación, a fin de evitar los costos y gastos administrativos.

Sobre la manera y los momentos donde se realizará el control, debemos mencionar que lo ideal sería que se efectúen en un momento pre y post operación, complementándose entre sí y permitiendo una tutela integral, con el propósito de realizar una óptima operación de concentración.

Obedeciendo a una búsqueda de reformas, en virtud a cualidades como eficiencia y compromiso, podemos decir que hoy en día el Perú cuenta con excelentes profesionales en el campo del derecho y de la economía para poder desempeñar de la mejor manera, una labor de supervisión en la agrupación de empresas.

Por otro lado, resaltamos que un manejo inadecuado de las agrupaciones empresariales, desencadenaría en un mercado de bienes y servicios, donde la competencia entre empresas disminuya cada vez más, corriendo el riesgo de desaparecer esta. En tal sentido, una competencia eficiente, produce consecuencias como: rivalidad justa, esfuerzo y dedicación, mejora en la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, reducción en los costos, mejora en la producción. De igual forma, reducimos el riesgo de caer en un mal gestionado monopolio y conseguimos un mercado más competitivo.

3. TIPOS DE CONCENTRACIONES: HORIZONTAL, VERTICAL U OTROS.

CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Un derecho reconocido constitucionalmente es el plasmado en el artículo 61º de la Constitución del Perú, el cual reviste al Estado de las facultades necesarias a efectos de conseguir la implementación de la libre competencia en el territorio nacional, vigilándola y sancionando todo acto que pueda generar una disminución de ésta y actos monopólicos. Al respecto, el Estado es el encargado de emanar normas, procedimientos y condiciones necesarias, así como de sancionar las transgresiones a la libre competencia.

En la interrelación de los agentes económicos en los mercados, es normal que se produzcan ciertas desviaciones, como por ejemplo los comportamientos monopólicos, estos consisten en controlar la oferta o la demanda de un determinado producto. Sobre el particular, la concentración de empresas, es un claro ejemplo de un hecho monopólico.

Sobre ello, podemos definir a una concentración económica de la siguiente manera:

“Estas nuevas grandes empresas, que concentraban una parte importante del poder económico, no eran percibidas por el público en general como interesadas

en la competencia, en la eficiencia o en la protección de los consumidores, sino en la acumulación de riqueza y poder". Las empresas que teóricamente debían competir entre ellas, intentaban – mediante trust, acuerdos que permanecían secretos y monopolios – proteger su propio estatus económico a través del mantenimiento de precios y otros aspectos del entorno de la competencia".

Como consecuencia de lo expuesto, ha habido innumerables casos en los que, debido a estos actos monopólicos, se han desencadenado desnaturalizaciones en el mercado, trayendo consigo malestar a los consumidores o también, ceses colectivos en sus familias. Es por ello que, es digno destacar que el INDECOPI cuenta con vasta experiencia en este tipo de regulaciones en el sector eléctrico, que permitirá una preservación adecuada de la competencia y un mercado competitivo.

CLASES DE CONCENTRACIONES

El autor Baltra Cortes³ define la concentración como: "El aumento en la dimensión media de la empresa. En una rama de la actividad económica hay concentración cuando un porcentaje reducido de las empresas proporciona un alto porcentaje de la oferta total"

Existen diversas formas de crecimiento de las empresas, los socios pueden por ejemplo aumentar el capital social, invertir en nuevos proyectos, nuevas sedes, contratar más personal, así como que este crecimiento se lleve adelante mediante la asociación de empresas, en este último caso, se denominan comúnmente "Concentración de Empresas".

En nuestra actualidad existen diversos motivos que originan la necesidad que dos a más empresas se organicen, estos son internos o externos, por ejemplo podríamos mencionar que el resultado económico de la empresa actuando individualmente no es el mejor para sus accionistas, asimismo, la denominada inflación, recesión, etc. Llevan a que las empresas opten por asociarse con otras y así poder llevar a flote sus capitales.

Ahora, de acuerdo al análisis de José Luis García Pita y Lastres⁴ en su libro: "Los grupos de sociedades y la concentración de empresas", menciona que al existir

³ Baltra Cortes, Alfredo (1973) Teoría Económica Volumen I – Tercera Edición, Santiago de Chile.

⁴ García Pita y Lastres, José Luis "Los grupos de sociedades y la concentración de empresas". Universidad de la Coruña, Págs. 13 – 55.

infinitas formas de combinación de sociedades, se debería partir la clasificación, tomando en cuenta los propios criterios, señalando:

a. En función de criterios o factores “económicos”:

a.1 Por razón de la posición que ocupan las diversas empresas participantes: Concentraciones y/o uniones Horizontales y Verticales.

a.2 Por razón de la unión o concentración: Concentraciones o uniones de explotaciones de empresas y de patrimonios o concentración “puramente financiera”.

Representados por las “sociedades de cartera” denominadas “Holding”, que es una sociedad cuyo objeto es detentar participaciones en otras sociedades, tal como se deduce de su significado en inglés, posee, pero no solo con fines de inversión, sino con el objetivo de adquirir o poseer control. En consecuencia, la presencia de una “Sociedad Holding”, como “matriz” del grupo, es el rasgo o factor que constituye la nota característica de los grupos de estructura financiera.

a.3 Por la finalidad perseguida: Concentraciones de racionalización (tienden a un aumento de la producción), y concentraciones de monopolio (tienden a aumentar los propios ingresos, a través de una política de presión sobre los precios).

Grupos de sociedades industriales: siendo su finalidad la de una mejor organización de la producción, mediante el ejercicio de actividades industriales idénticas, similares o complementarias, aptas para integrarse horizontal o verticalmente y la sociedad matriz desarrolla el mismo objeto social

a.4 Por el sector económico al que pertenecen las empresas participantes: concentración de empresas de actividades idénticas y empresas con actividades conexas o derivadas.

b. En función de criterios o factores “jurídicos”:

b.1 Uniones o grupos de vínculo real, de vínculo personal y de vínculo contractual.

Ahora, Manel Rajadell⁵, realiza la siguiente división en su libro “Creación de empresas”:

5 Rajadell Carreras, Manel (2003) “Creación de empresas”, Ediciones de la Universidad Politécnica de Catalunya, Barcelona.



Este autor subdivide las concentraciones en base a dos criterios: Cuando las sociedades que se unen pierden su personalidad jurídica y cuando no.

Así, la integración tiene lugar cuando una de las empresas que se concentra pierde su personalidad jurídica, mientras que la empresa resultante de la integración mantiene o adquiere plena personalidad. En este caso la integración puede adoptar dos formas: La Absorción o fusión per se.

Sobre este último párrafo, cuando todas las empresas que se concentran pierden su personalidad jurídica previa dando origen a una sociedad distinta, nos encontraríamos en el supuesto de fusión de empresas, sin embargo la absorción tiene lugar cuando una de las empresas mantiene su personalidad jurídica, la empresa absorbente, al tiempo que la pierden las sociedades absorbidas.

En el segundo tipo, el autor toma en cuenta el término asociación y unión como sinónimos, siendo, de acuerdo a su explicación, el tipo de concentración, en el que ninguna de las empresas concentradas pierde su personalidad jurídica, apareciendo una tercera sociedad, dotada de personalidad jurídica distinta, las cooperativas.

Y finalmente, la fórmula de agrupación, las empresas no pierden en ningún caso su personalidad jurídica y la agrupación resultante carece de ella. Su labor se desarrolla como un servicio común que normalmente no abarca la totalidad, sino tan solo una parte de las funciones de las empresas que lo constituyen.

Y así, podríamos citar otros autores que realizan diversas divisiones de las concentraciones de empresas, sin embargo, lo importante en esta parte de nuestro trabajo es brindarnos mayores elementos teóricos que nos ayudarán a entender la necesidad que exista una regulación, una supervisión estatal a estas formas societarias que eluden las reglas del libre mercado, en consecuencia, explicaremos a continuación de modo general, la división de concentraciones de empresas en *Horizontal* y *Vertical*:

- **Concentración Horizontal**

Uno de los conceptos más claros de este tipo de concentración nos lo brinda el Jurista Pinkas Flint⁶, en su obra “Tratado de Defensa de la Libre Competencia: “

“ La Concentración Horizontal se da cuando dos o más empresas que antes competían, se unen; es Horizontal porque las empresas están en el mismo nivel, esto es, ambas son competidoras

En la Concentración Horizontal, las empresas que se dedican a fabricar el mismo producto o que ofrecen el mismo servicio y se asocian realizan una misma fase en el proceso de transformación de bienes (Industria).

En este sentido, la concentración horizontal presupone que las empresas que se concentran formen parte de una misma parte de la producción de los productos o bienes, quienes conjuntamente trabajarán bajo una misma dirección, una misma gerencia.

El motivo por el cual las empresas se concentran horizontalmente se debe a que procuran crecer, pasar a ser de pequeñas empresas a ser grandes empresas, con los beneficios que esto trae, por ejemplo la obtención de grandes créditos que van a respaldar en el transcurso del tiempo los proyectos y compras que realicen.

Los señores Joseph E. McCann y Roderick Gilkey⁷ hacen referencia al origen de este tipo de concentraciones, a fines del Siglo XIX e inicios de siglo XX en pleno avance de la Revolución Industrial, denominándola como: “La Primera Oleada”, y ello se debe a que la economía se estaba expandiendo, y es así que las empresas deseosas de crecer, compraban pequeñas empresas, que eran sus competidores directos. Sin embargo, no todas estas fusiones eran sanas para la Libre Competencia; En consecuencia, el legislador se encargó de regular normativa Antitrust, lo cual frenó esta actividad entre los años 1910 y 1920.

Existen algunos tipos de asociaciones de empresas que cuentan con estas características, por ejemplo el Trust y los carteles.

- **Concentración Vertical**

⁶ Flint Blanck, Pinkas (2002) Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

⁷ Joseph E. McCann, Roderick Gilkey (1990) Fusiones y Adquisiciones de Empresas, Edigrafos, Madrid.

De acuerdo a lo señalado por Pinkas Flint, la concentración es vertical cuando una empresa productiva se une con otra de la misma cadena de producción. Asimismo, clasifica este tipo de concentración en ascendente y descendente, en el primer caso, pone como ejemplo que un fabricante se fusione con un proveedor y en el segundo, si se fusiona con la distribuidora de textos.

Asimismo, Joseph Peyrefitte señala: “La Integración Vertical ocurre cuando una empresa produce sus propios factores de producción o posee su canal de distribución”⁸

En esta línea, podemos señalar que este tipo de concentración supone que se incorpore nuevas actividades relacionadas con la producción del bien o servicio en la línea productiva, mayormente con la finalidad que se reduzcan los costos de producción, así también con el fin que se brinde una mejor calidad del bien o servicio. En este sentido, en la concentración vertical presupone dos o más empresas que no se dedican a prestar el mismo servicio o elaborar el mismo producto, sino que sus fines son distintos, colaboren en una misma línea.

Hugo Araneda nos brinda el siguiente ejemplo:

“El tipo vertical de concentración tiene por objeto evitar los desplazamientos y cambios de dominio de un bien en sus fases de elaboración, y corrige el defecto de la división de trabajo racionalizado, que puede prolongar excesivamente el proceso de producción. En estas condiciones, en una sola instalación compuesta, se fabrican, el neumático, el vidrio, la carrocería y el motor, de tal manera que de la misma fábrica, sale el automóvil como el producto final.”⁹

4. DERECHO COMPARADO: ¿CÓMO OPERA EL CONTROL DE CONCENTRACIONES? – SE ANALIZARÁ USA (FCT), COLOMBIA (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO), CHILE (FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA) Y UE.

8 Peyrefitte, Joseph; Golden, Peggy; Brice, Jeff Jr (2000). Vertical Integration and Economy Performance: A Managerial Capability Framework. Management Decision. ABI/INFORM Global. Pág. 217.

9 Araneda Dörr, Hugo, Manual de Economía Política (1993). Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Pág. 275.

1. EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN COLOMBIA

El control de las concentraciones empresariales constituye una de las más importantes expresiones del derecho de la competencia. En efecto esta herramienta le permite a la autoridad de la competencia cuando el control es previo (como en el caso colombiano) impedir que se lleven a cabo operaciones que restrinjan indebidamente la competencia, o bien, autorizarlas en forma condicionada.

Palabras clave: derecho de la competencia, concentración empresarial, control de concentraciones, condicionamientos, integraciones horizontales, integraciones verticales, concentraciones desconglomerado, Superintendencia de Industria y Comercio.

En Colombia, se consideran concentraciones empresariales las operaciones de fusión, consolidación, integración, toma de control, compra de activos, pasivos y contratos, y en general todas aquellas operaciones por medio de las cuales se concentra la economía y los mercados.

Es importante señalar que este tipo de operaciones no son conductas que se encuentran prohibidas en sí mismas. Constituyen, por el contrario, una manifestación de la autonomía de la voluntad privada y del derecho a la libertad económica. Estas operaciones se consideran en general positivas puesto que fortalecen a las empresas, generan eficiencias, sinergias y ahorros de costos que benefician tanto a las empresas involucradas como a sus empleados, accionistas, proveedores, clientes y a la economía en general. Sin embargo, es indudable que afectan la estructura competitiva de los mercados, y que en ocasiones pueden reducir de manera indebida la competencia, en perjuicio de los consumidores, los competidores actuales o potenciales y de la economía en general; debido a las anteriores razones, en ocasiones las operaciones deben ser revisadas y controladas por la autoridad de la competencia.

El control a las concentraciones empresariales como herramienta le permite a la autoridad de la competencia (cuando el control es previo como en el caso colombiano) impedir que se lleven a cabo operaciones que restrinjan indebidamente la competencia, o bien, autorizarlas en forma condicionada con el fin de que la autoridad pueda garantizar la preservación de la libre competencia en los mercados.

El control previo o ex ante es un factor muy significativo para la política de competencia en el contexto de la globalización económica.

“El hecho a destacar es que las megafusiones, en sus constantes esfuerzos por lograr economías de escala, podrían terminar controlando los mercados mundiales ya sea mediante colusión entre ellas o concentrándose en monopolios mundiales. Algunos sectores tales como la aviación civil, las empresas aeronáuticas y espaciales ya han casi alcanzado esa posición. [...] Ante el notable proceso de cambio que se observa a nivel mundial, cualquier iniciativa para establecer y aplicar normas nacionales de competencia se enfrentará con los límites impuestos por las fronteras nacionales”.

Este proceso se ha acelerado gracias a la apertura de los mercados y a la competencia internacional que deben enfrentar estas empresas. Sin embargo el consenso que existe en Latinoamérica en cuanto al desarrollo legislativo sobre el tema del control de los acuerdos anticompetitivos y del abuso de la posición dominante, no se presenta en el tema del control de las concentraciones empresariales. Por ejemplo, en el Perú solamente se ha expedido legislación para controlar las concentraciones que se producen en el sector energético.

El argumento central de quienes abogan por la abolición (no expedición) de las normas sobre control de concentraciones consiste en que dicho control crea mayores costos que beneficios y que no es adecuado para economías pequeñas, cuyos mercados se encuentran en general ya bastante concentrados.

En Colombia el control de las concentraciones empresariales fue incluido en el derecho de la competencia desde la Ley 155 de 1959, y las normas que rigen de manera principal su aplicación fueron expedidas antes de que entrara en vigor la Constitución Política actual, lo cierto es que este tema solamente comenzó a cobrar importancia a finales de la década de los noventa. En efecto, entre 1959 y 1999 ninguna operación de integración fue objetada o condicionada por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

En efecto, desde el año 1999 hasta la fecha, la SIC ha sancionado en seis oportunidades a empresas que no cumplieron con el deber de información previa de las operaciones de concentración empresarial. Asimismo, en dos ocasiones la SIC ha revocado resoluciones que imponían sanciones a empresas que incumplieron el mencionado deber de información previa

Revisándose las solicitudes recibidas, el número de operaciones de concentración informadas en los últimos nueve años se ha mantenido estable. De igual forma se observa que el número de operaciones objetadas o condicionadas por esta autoridad ha sido bajo con respecto al total de las concentraciones informadas, con excepción del año 2002.

A pesar de que el número de operaciones objetadas y condicionadas se ha mantenido estable, el desarrollo doctrinal y la forma en que la SIC ha ejercido su facultad para controlar las concentraciones empresariales ha variado de manera sustancial durante las últimas tres administraciones de la SIC.

Debe advertirse sin embargo, que en Colombia solamente es posible para la academia y el mercado en general, conocer y analizar las decisiones por medio de las cuales la SIC objeta o condiciona operaciones de concentración empresarial, caso en el cual la autoridad expide una resolución en la cual se incluye la motivación completa de la decisión.

Dicha motivación de la decisión que incluye la SIC, lo hace en un informe reservado que no es posible consultar ni siquiera a las empresas interesadas. Aunque existen razones que justifican mantener en reserva el análisis de la SIC sobre las operaciones de concentración empresarial que son autorizadas sin condicionamientos, lo cierto es que esta decisión le impide al mercado tener conocimiento pleno del análisis económico que realiza la SIC respecto de este tipo de operaciones.

En Colombia el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, el decreto 1302 de 1964 y el artículo 51 del decreto 2153 de 1992, hacen referencia en forma indistinta a las “integraciones”, las “integraciones empresariales” y a la “integración jurídico-económica” expresiones, todas ellas, que se refieren al mismo fenómeno jurídico-económico. Es decir, que en ocasiones la norma hace referencia al concepto de “integración” como género y en ocasiones hace referencia al concepto de “integración” como especie. En efecto, las normas se refieren las “integraciones” tanto como género, como a una de las categorías jurídicas que pueden servir para realizar una concentración empresarial, junto con otras tales como la fusión, la consolidación y la adquisición de control. Los conceptos de “integración”, “fusión”, “consolidación”, “compra de activos” y “control” son adoptados por la normativa colombiana y la doctrina de la SIC como formas jurídicas que pueden tener el efecto de una operación de integración.

En esa medida, será usado como concepto genérico el término “concentración” mientras que los términos “integración”, “fusión”, “consolidación” y “control” serán usados como especies de las concentraciones empresariales.

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

Las normas que conforman el derecho de la competencia en general, y en particular las que se refieren al control de las concentraciones empresariales, configuran una limitación a la autonomía de la voluntad privada, al derecho de propiedad privada y al derecho de libertad económica.

En tal sentido, el control de concentraciones, constituye una forma de intervención del Estado en la economía, que busca corregir las distorsiones producidas por los agentes económicos en el mercado que lo restringen sustancialmente.

A continuación se estudiará la naturaleza jurídica del control de concentraciones, en cuatro ámbitos:

- Como límite de la autonomía de la voluntad
- Como límite del derecho de propiedad privada
- Como límite de la libertad de empresa y la iniciativa privada
- Como expresión de la facultad de intervención del Estado en la economía

2. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES COMO LÍMITE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

La autonomía de la voluntad puede entenderse como la garantía que el ordenamiento jurídico consagra en virtud de la cual los individuos de una sociedad son libres de autorregular sus intereses privados.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, en concordancia con el artículo 51 del decreto 2153 de 1992, determinados negocios jurídicos deben ser previamente informados a la autoridad de competencia. Si la autoridad considera que la operación produciría una indebida restricción de la libre competencia en el mercado puede objetarla. Es decir, la autoridad prohíbe su perfeccionamiento por medio de un acto administrativo que debe ser motivado. Lo anterior, sin duda alguna, es una limitación a la autonomía de la voluntad privada en la medida en que el perfeccionamiento de cualquier acto jurídico que tenga como efecto una concentración empresarial que resulte finalmente objetada por la autoridad, constituye una violación de la ley, que además tendría objeto ilícito. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 155

de 1959 y el artículo 46 del decreto 2153 de 1992, los acuerdos, convenios, operaciones o conductas que contravengan las normas de libre competencia son “absolutamente nulos por objeto ilícito”.

De esta forma, el control de concentraciones limita la libertad de los individuos, en cuanto a su libertad de contratar y su libertad de disponer su propiedad.

Las legislaciones consagran tres tipos de limitaciones al el derecho de propiedad:

Limitación de orden civil, en virtud de las denominadas obligaciones de vecindad.

Limitación de orden contractual, impuestas por el tradente a la persona a quien le transmite la propiedad.

Limitación de orden administrativo, que consisten en aquellas restricciones impuestas “por la ley al propietario, por un interés público.

Las legislaciones de todo el mundo han restringido la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad de diversas formas y Colombia no ha sido la excepción. El artículo 58 de la Carta Política vigente, que consagra el derecho de propiedad privada es el resultado de su evolución a lo largo del siglo XX, a través de las diferentes reformas a la Constitución de 1886, las normas que desarrollaron los preceptos constitucionales, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En ese sentido, es relevante hacer una breve presentación de la evolución del derecho de propiedad en Colombia, haciendo énfasis en las distintas formas por medio de las cuales ha sido limitado.

3. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA INICIATIVA PRIVADA

Según PEÑA QUIÑONES, la propiedad privada es el único pilar del derecho económico. Así el derecho de libre empresa y la libre iniciativa privada no serían instituciones jurídicas independientes o diferentes del derecho de propiedad.

Es preciso disentir de la interpretación señalada, ya que la Constitución de 1991 consagró el derecho de libre competencia económica y la libertad de empresa y la iniciativa privada como instituciones jurídicas autónomas. En efecto, como lo hemos sostenido antes, para que una economía social de mercado como la que diseñó la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 pueda funcionar, es necesario que el Estado garantice dentro de límites razonables ciertos derechos económicos fundamentales, tales como la propiedad privada (art. 58 CP), la libertad de empresa y la iniciativa privada (art. 333 CP), la libertad para escoger

profesión u oficio (art. 26 CP), la libertad de asociación, (art. 38 CP) y de manera principal, la libertad de competencia económica (art. 333 CP).

Se entiende por libertad de competencia económica, la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela.

La libertad de competencia se puede ver restringida, eliminada o alterada de diversas maneras:

- a) por el establecimiento de monopolios de derecho (en la forma prevista por el art. 336 de la CP);
- b) por el reconocimiento de derechos de autor, marcas, patentes y demás derechos de la propiedad intelectual;
- c) por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado;
- d) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia; y
- e) por la realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional (dumping).

Las normas sobre control de concentraciones empresariales se encuentran comprendidas dentro de las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia. No obstante, debe advertirse que por regla general las concentraciones empresariales se encuentran permitidas en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa e iniciativa privada y que la autoridad de la competencia solamente debe impedir aquellas integraciones que tiendan a producir una indebida restricción a la libre competencia.

Las concentraciones empresariales que se someten a la autorización de la autoridad de la competencia son aquellas que se realizan en forma voluntaria. Pero existen oportunidades en las cuales los mercados se concentran como consecuencia del fracaso de alguna o algunas de las empresas que compiten en un determinado mercado. Estos casos no son analizados por el derecho de la competencia (sino por las normas sobre procesos concursales), salvo en aquellos eventos en que la concentración económica se utiliza como mecanismo de salvamento para una empresa que en otras circunstancias fracasaría. De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia internacionales, en estas circunstancias es posible para los interesados argumentar el fracaso de la empresa como justificación para la integración (failing industry defense).

Las conductas anticompetitivas deben ser reprimidas por el Estado con el objeto de garantizar la libertad de competencia y la subsistencia misma de la economía de mercado. Para tal efecto, a decir de autores, nuestro sistema jurídico, con base en los principios del antiguo artículo 32 de la Constitución de 1886 y del actual artículo 333 de la Constitución de 1991 contempla normas tales como las siguientes:

- a) Normas sobre prohibición a las prácticas restrictivas de la competencia y al abuso de la posición dominante en el mercado (contenidas principalmente en la Ley 155 de 1959, su decreto reglamentario, el 1302 de 1964 y en el decreto 2153 de 1992);
- b) Normas sobre protección al consumidor (contenidas principalmente en el decreto 3466 de 1982);
- c) Normas sobre derechos antidumping y compensatorios (contenidas en el decreto 991 de 1994); y
- d) Normas sobre prohibición de las conductas de competencia desleal (contenidas en la ley 256 de 1996).

DECRETO 2153 DE 1992:

El artículo 51 del decreto 2153 de 1992 consagra la llamada “excepción de eficiencia” de conformidad con la cual el superintendente debe abstenerse de objetar aquellas operaciones en las cuales los interesados demuestren que se generarán mejoras significativas en eficiencia que se traducirán en ahorros de costos que no es posible obtener de otra manera y se garantice que no va a haber una reducción de la oferta en el mercado. La mencionada norma, que es similar con el artículo 81(3) del Tratado de Roma en relación con los requisitos que permiten exceptuar una conducta de la aplicación de las normas de competencia, establece lo siguiente:

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

Fue con base en este artículo que se introdujo la adquisición de control como forma jurídica en virtud de la cual un negocio jurídico se considera una concentración empresarial, como se estudiará en el punto 5.3 de este documento.

4. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

Respecto de lo que debe considerarse como una operación de concentración empresarial de aquellas que deben ser informadas a la SIC y autorizadas por dicha entidad antes de que entren a producir efectos en el mercado, la SIC ha señalado lo siguiente:

“El acto o actos jurídicos mediante los cuales se lleve a cabo la operación son relevantes sólo en la medida en que constituyan un medio idóneo y directo para situar de manera permanente y bajo un único órgano de gestión a dos o más empresas que antes competían como entidad es independientes en el mercado. Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración sí está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio”.

Es decir que para la SIC, siempre que como consecuencia de una operación dos empresas que previamente competían en un mismo mercado queden sometidas de manera permanente a un órgano único de gestión, tal operación, siempre que se cumplan los demás supuestos, debe ser informada, independientemente de cual sea el acto o actos jurídicos por medio de los cuales se logre esa unidad de gestión.

4.1. CONCEPTO DE EMPRESA

El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 hace referencia a la concentración de empresas. Por su parte, el artículo 25 del Código de Comercio establece que se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios, a través de uno o más establecimientos de comercio.

Como se puede observar, el control de concentraciones en Colombia tiene un ámbito subjetivo de aplicación amplio, ya que no se limita a las personas jurídicas o a las sociedades, sino que se refiere a las empresas, con lo que abarca cualquier actividad organizada que emprenda una persona, sea jurídica o natural, que

desarrolle una actividad económica en los amplios términos descritos por el artículo 25 del Código de Comercio.

4.2. MISMA ACTIVIDAD ECONÓMICA

El segundo punto al que hace referencia el artículo 4º, es el relativo a la actividad que desarrollan las empresas. La norma establece que las empresas que se dediquen a la “misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancías o servicios”, deben informar la operación de concentración que pretendan adelantar.

Lo anterior puede interpretarse en el sentido de que las empresas se deben encontrar en el mismo eslabón de la cadena productiva, por lo cual, a luz de la normativa vigente, se podría decir que sólo las concentraciones horizontales requieren ser informadas y autorizadas.

De acuerdo con esta interpretación de la autoridad de la competencia, las concentraciones empresariales de carácter vertical se encuentran cobijadas por el artículo 4º. Sin embargo, debe advertirse que en el pasado, en casos específicos, la SIC ha aceptado que no se requiere obtener la autorización o no objeción de la entidad, respecto de operaciones que podrían considerarse como de integración vertical en las cuales la SIC ha concluido que se trataba de mercados diferentes y que por tanto no se generaba concentración del mercado. Lo anterior ocurrió en los casos de Colombia Móvil y Chevron–Texaco.

4.2.1. CASOS EN LOS CUALES LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ENCONTRÓ QUE UNA INTEGRACIÓN VERTICAL NO REQUERÍA AUTORIZACIÓN

Colombia Móvil S.A. ESP

Las empresas ETBS.A. y EEPPMESP crearon Colombia Móvil S.A. ESP crearon Colombia Móvil S.A. ESP para participar en la convocatoria pública para el otorgamiento de una licencia para la prestación del Servicio de Telefonía móvil PCS. Una vez que el ministerio de comunicaciones le adjudicó la licencia a dicha empresa el doctor MAURICIO VELANDIA, formuló denuncia contra ETB y EEPPM, por supuestamente haber realizado una integración empresarial sin contar con la previa autorización o no objeción de la SIC (Superintendencia de Industria y comercio) , argumentando además que la creación de Colombia Móvil era una operación de integración vertical entre EEPPM y ETB. Como

consecuencia de la denuncia SIC abrió una investigación donde la cual las empresas mencionadas demostraron que Colombia Móvil no constituía una operación de integración empresarial, ya que ninguna de ellas participaba en el mercado de la telefonía móvil.

Operación internacional Chevron y Texaco

En el año 2001 Chevron y Texaco se fusionaron en el exterior formando Chevron Texaco Corporation, dicha operación no fue informada a la SIC, la cual inició una investigación a las sociedades en cuestión por incumplir el deber legal de información de concentraciones empresariales, sin embargo después del proceso (en el cual las empresas demostraron que la operación de integración empresarial entre estas no había tenido lugar aún en Colombia) la SIC decidió archivar la investigación si sanción para los investigados

4.2.2 CASOS EN LOS CUALES LA SUPERINTENDECIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ENCONTRÓ QUE UNA INTEGRACIÓN VERTICAL REQUERÍA AUTORIZACIÓN

La Superintendencia de Industria y comercio (SIC) asimila la expresión “la misma actividad” cuando se refiere a que las empresas intrvinientes hicieran parte del mismo eslabón de la cadena productiva, lo cual además, también, fue argumentado por esta entidad en los siguientes términos: “(...)Las integraciones que deben informarse son las empresas que se desarrollan en la misma actividad, pues si corresponden a mercados diferentes no habría problema (...)” .

Si embargo es preciso tener en cuenta que en casos como Colombia Móvil y Texaco han sido excepciones frente a otros casos de concentraciones verticales que han sido analizadas por la SIC en el ejercicio de facultad de control de concentraciones.

A continuación se mencionarán los aspectos más relevantes de casos en los cuales la SIC considera que las operaciones de concentración vertical de empresas que participan en un mismo mercado requieren autorización o no objeción de la SIC.

La mayor discusión se ha dado en torno a al interpretación del ARTÍCULO 4° de la ley de 1959, específicamente en cuanto al significado de la expresión “la misma actividad”, por medio del cual la SIC posteriormente de pronunció: “(...) Que las sociedades intervinientes que pertenezcan al mismo mercado tendrán efectos de concentración en el mercado y por lo tanto debe ser informada”

Posteriormente la SIC reiteró esta posición en el caso Agri Avícola Integrada y otros. Agri Avícola había sido constituida por varias empresas dedicadas a la

explotación de actividades avícolas que potencialmente requería los productos de Agri Avícola como materias primas para sus procesos productivos. De acuerdo a al sic, a pesar de que esta operación que se realizó de tipo vertical, esta debía ser informada previamente a al SIC debido que (...) las empresas sancionadas estaría participando a través de Agri Avícolas en una actividad anterior (...)

Las resoluciones expedidas por la SIC fueron impugnadas por las empresas intervinientes ante el Tribunal administrativo de Cundinamarca, la cual rectificó la interpretación de la SIC.

En el caso de Promotora Bananera S.A del año 2004, la SIC estableció de manera expresa el criterio según el cual tanto las integraciones horizontales como las verticales son susceptibles de restringir indebidamente la competencia; de acuerdo a la SIC en la medida en que la Carta Política establece que el estado debe impedir la obstrucción o restricción de la libre competencia, es necesario realizar un control ex ante a las concentraciones verticales.

4.3. Formas Jurídicas que constituyen Operaciones de Concentración

Respecto de lo que debe considerarse como una operación de concentración empresarial que tenga como efecto que dos empresas que participaban en un mismo mercado actúen de manera permanente bajo un órgano único de gestión y cumplan con las características del artículo 4° De la ley 155 de 1959 debe ser informada a la SIC antes que produzcan efectos en el mercado.

4.3.1. Fusión

Definido por el Código de Comercio Colombiano y la SIC es una figura típica del derecho societario por medio de la cual dos o más compañías se integran para formar una nueva, o una o más son absorbidas por otra.

4.3.2. Consolidación e Integración

La Sic define a la Consolidación como “el proceso secuencial mediante el cual una empresa que ya tenía participación en la otra, adquiere el control de la segunda a través de la transferencia de activos netos” y a la integración como “la alianza o unión de dos o más empresas para crear una sola (...) y cuyo objetivo es crear una empresa de mayor tamaño , que puede expandir sus actividades y proyectarse a mejores condiciones a competir tanto externa como internamente”

4.3.3. Adquisición de control

En el decreto 2153 de 1992, se introdujo el concepto de adquisición del control de empresas, como una de las formas jurídicas que pueden revistar las

concentraciones empresariales que deben ser informadas a la SIC, la cual consigna una definición de control en los siguientes términos:

“(…) Control: la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa (…)”.

La SIC se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Habrá control cuando como resultado de una operación, la empresa tenga la posibilidad de influenciar en la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa...”.

De acuerdo a la doctrina de la SIC, la autoridad estatal no tiene la facultad de pronunciarse sobre situaciones de subordinación, es suficiente que la relación entre dos o más empresas se ajuste a la situación de hecho contemplada por el decreto mencionado. Sin perjuicio de lo anterior, en virtud del decreto 1080 de 1996 la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de declarar, de oficio o a petición de parte, respecto de las sociedades matrices, subordinadas o de un grupo empresarial

4.3.3.1. Matrices y subordinadas

El artículo 26 de la Ley 222 de 1995, por el cual se modificó el artículo

260 del Código de Comercio, definió la situación de subordinación o control en la que se puede encontrar una sociedad, frente a otra u otras sociedades, o incluso frente a personas naturales o entes no societarios. Según este artículo, para que se configure tal situación, se requiere que el poder de decisión de la sociedad se encuentre sometido a la voluntad de su controlante (matriz).

Es de notar que el régimen de matrices y subordinadas es un tema específico del derecho de sociedades. Tema diferente al relacionado con el control de las concentraciones empresariales (promoción de la competencia), ya que en éste hablamos de empresas y no de sociedades como quedó establecido. No obstante lo anterior, la definición del control societario debe ser tomada en cuenta dentro del análisis de las concentraciones empresariales.

Es decir cuando nos encontramos frente a uno de los supuestos de control establecidos en el régimen de matrices y subordinadas, la autoridad de la competencia debe ser informada sobre la operación por medio de la cual se

obtuvo el control, para que se pronuncie sobre la aprobación u objeción de la misma.

El artículo 261 del Código de Comercio, enunció una serie de casos en los que se presume la existencia de la subordinación, si los presupuestos de hecho se configuran, los cuales someten el poder de decisión de la sociedad controlada a la voluntad de otra u otras personas. Estos casos son, el denominado control por participación en el capital social, la subordinación por el control de las votaciones en las asambleas de socios o juntas generales, y por último el llamado control externo o económico.

a. Control interno por participación capital. Se verifica cuando se posea más del cincuenta por ciento del capital en la subordinada.

b. Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria se presenta cuando se tiene el poder de voto en las juntas de socios o en las asambleas de accionistas, o por tener el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de junta directiva, si la hubiere.

c. Control externo o económico. Esta forma de control se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus socios.

4.3.4. CONCLUSIÓN

Las modalidades de concentración, establecidas en las normas sobre control de las concentraciones empresariales, se configuran de manera amplia por lo cual dentro de las mismas se puede incluir cualquier negocio jurídico que genere como resultado la fusión, consolidación, integración o toma de control entre dos o más empresas, con lo que se le da primacía a la realidad económica sobre las formas jurídicas.

4.4. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL APLICADO A LAS OPERACIONES REALIZADAS EN EL EXTERIOR

En el caso de las concentraciones realizadas en el exterior, el criterio de la SIC ha sido el de exigir que sean reportadas cuando los productos de ambas empresas se vendan en el mercado, siempre que tengan presencia directa en Colombia.

4.4.1. OFICIO RADICADO BAJO EL N° 00001365 DE 2000

Por medio de dicho oficio radicado emitido por la SIC se desprende que:

- Una operación entre dos empresas radicadas en el exterior, que no tienen presencia directa en, pero cuyos productos se comercializan en Colombia a

través de comercializadores independientes no es una operación de integración empresarial que deba ser informada a la SIC, debido a que las empresas involucradas en la operación no tienen participación jurídica ni económica en el mercado colombiano.

- Una operación entre dos empresas radicadas en el exterior, una de las cuales tiene presencia directa en Colombia (a través de empresas controladas), cuyos productos (de ambas empresas) se comercializan en Colombia, constituye una operación de integración empresarial que debe ser informada a la SIC, por lo tanto cuando una empresa que participa en forma directa en el mercado colombiano es adquirida o controlada por otra que no tiene ningún tipo de participación directa o indirecta en dicho mercado, la operación no aumenta la concentración del mercado particular ya que lo que se presenta es la sustitución de una empresa por otra, razón por la cual la operación no requiere ser informada.

5. EL DEBER LEGAL DE INFORMAR LAS CONCENTRACIONES Y LA FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO PARA CONTROLARLAS

El artículo 4 de la Ley 155 de 1959, concordante con el numeral 14 del artículo 4° del decreto 2153 de 1992, establece que,

“[l]as empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) o más, estarán obligadas a informar...”,

Las normas citadas consagran el deber de información al que se ven sometidas las empresas que proyecten concentrarse, y constituyen el punto de partida del control preventivo o ex ante que realiza la SIC.

Por ello, las empresas que proyecten concentrarse y que se encuentren bajo los supuestos previstos en la Ley 155 de 1959, están sujetas al cumplimiento de un deber legal, que consiste en informar previamente las operaciones que pretendan llevar a cabo, para lo cual deben acompañar la información que el ordenamiento jurídico requiere.

En consecuencia, abstenerse de solicitar la autorización correspondiente puede producir importantes consecuencias desfavorables para las partes que realicen la integración, entre ellas:

- Imposición de medidas cautelares por parte de la SIC, consistentes en la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.
- El superintendente puede ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas contrarias a las normas sobre derecho de la competencia.
- Imposición de multas hasta por dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la infracción.
- Imposición de multas hasta por trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la infracción, por parte de la SIC a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren las conductas violatorias de las mencionadas normas.

Al respecto resulta importante citar algunas sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en las que se han ratificado los argumentos expuestos por la SIC en los diversos actos administrativos en los cuales ha impuesto sanciones por el incumplimiento

del deber legal de información establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959:

a. Caso Aviatur. La SIC inició una investigación en contra de la Agencia de Viajes y Turismo Aviatur y otros, con el fin de determinar si se había informado de manera previa sobre la realización de una operación de integración empresarial. La SIC estableció que Aviatur había perfeccionado un contrato de administración de ventas con las sociedades Royal Tours Ltda., Intours Turismo Ltda., Rutas, Viajes y Turismo Ltda. y Esmeralda Tours de Colombia Ltda., que generó una integración entre ellas, antes de obtener la autorización de la entidad.

b. Caso Superpollo Paisa., Indupollo S.A. y otros (Agri Avícola)¹⁰⁹.

La SIC inició una investigación en contra de Superpollo Paisa S.A., Indupollo S.A. y otros, con el fin de determinar si se había informado de manera previa la realización de una operación de integración empresarial. La SIC estableció que las empresas citadas anteriormente se dedicaban a una actividad productiva similar, engorde y procesamiento de pollos, y que constituyeron una empresa denominada Agri Avícola Integrados S.A.

Se deduce que la SIC puede impedir, como medida cautelar, la efectiva realización de una integración empresarial cuya autorización no se le haya consultado.

Asimismo, la SIC podría llegar a solicitar la nulidad de la operación cuando ésta ya se haya producido, de conformidad con lo previsto por el artículo 19 de la Ley 155 de 1959: “Los acuerdos, convenios u operaciones prohibidos por esta ley, son absolutamente nulos por objeto ilícito”.

La finalidad de la normativa de concentraciones empresariales es impedir la realización de operaciones que restrinjan indebidamente la competencia en los mercados. Una operación que no comporte ningún riesgo para los mercados y que es realizada por las empresas sin avisar previamente a la SIC comporta el incumplimiento de un deber legal pero no es una conducta que restrinja indebidamente la competencia. Diferente es el caso de una operación que no sólo incumpla con el deber legal de informar previamente sino que también restrinja indebidamente la competencia,

5.1. PRINCIPIO GENERAL

De conformidad con el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, las operaciones de consolidación, fusión, integración o toma de control entre empresas dedicadas a la misma actividad, cuyos activos individual o conjuntamente considerados asciendan a Col. \$20 000 000 o más, deben ser previamente informadas a la SIC.

5.2. RÉGIMENES DE AUTORIZACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

La SIC definió un régimen de autorización general y uno de autorización particular, los cuales se encuentran contenidos en la Circular Externa 010 de 2001 (Circular Única) expedida por dicha entidad, la cual fue modificada por la resolución 22195 de 2006, de la cual se deduce que las operaciones que cumplan con los requisitos no requieren informar ni remitir documento alguno a la SIC, que tampoco realizará ningún análisis sobre la misma.

2.1. Régimen de autorización general

Con el alcance previsto en el numeral 21 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, entiéndase, que pertenecen al régimen de autorización general, las operaciones de integración realizadas entre empresas que cumplan con las siguientes condiciones: a) Que tengan ingresos operacionales anuales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y, b) Que tengan activos totales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2. Régimen de información particular

De acuerdo a lo previsto en el literal h del artículo 9 del decreto 1302 de 1964 y en el numeral 21 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, las operaciones de integración que no estén dentro del régimen de autorización general, deberán ser informadas a esta Superintendencia (SIC), adjuntando la información señalada en el presente numeral”.

De conformidad con la Circular Única de la SIC, una operación de concentración empresarial estará sometida al régimen de autorización general cuando las empresas involucradas, y las empresas del mismo grupo empresarial, conjuntamente tengan:

1. ingresos operacionales anuales inferiores a cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes¹¹⁷, medidos con base en las ventas del año anterior a la integración; y
2. activos totales inferiores a cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El cálculo de las anteriores condiciones, conforme con el párrafo primero del punto 2.1 del capítulo II del título VII de la Circular Única, se realiza a partir de los valores registrados en los estados financieros.

Las demás operaciones de integración estarán sometidas al régimen de autorización particular y deberán ser informadas a la SIC de manera previa y

obtener la autorización de dicha entidad, antes de que se haga efectiva la operación.

El objetivo del régimen de autorización general es que se entienda concedida la autorización para realizar la integración, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la Circular ya mencionada. De acuerdo con la Circular Única, la obligación de las empresas consiste en que el representante legal debe poner en conocimiento del órgano social sobre el cumplimiento de las condiciones establecidas por la Circular Única y que éste decida “de manera documentada y justificada”. Como cuando no se trate de sociedades, la obligación de las empresas consiste en que quien tenga la competencia para decidir sobre la realización de la operación

De conformidad con la doctrina de la SIC119, para determinar las operaciones de concentración empresarial que requieren autorización de la SIC, debe analizarse el cumplimiento de tres supuestos: el subjetivo, el objetivo y el cronológico.

- El supuesto subjetivo: se cumple cuando la operación se realiza entre empresas que se dedican a una misma actividad económica en el mismo mercado geográfico.
- El supuesto objetivo: se cumple cuando se dan dos circunstancias: i) Que las empresas involucradas tengan activos individual o conjuntamente considerados por Col. \$20 000 000 o más; y ii) Que las empresas pretendan fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica que utilicen para el efecto.
- El supuesto cronológico: Las empresas que cumplen con los dos supuestos anteriores, deben informar la operación a la SIC y obtener la autorización de dicha entidad, de manera previa a la realización de la operación.

5.2.1. LA REFORMA DE LOS REGÍMENES DE AUTORIZACIÓN ESTABLECIDOS POR LA RESOLUCIÓN 22195 DE 2006 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La resolución 22195 de 2006 expedida por el superintendente de Industria y Comercio reformó los capítulos II (Integraciones) y III (Competencia Desleal) del título VII de la Circular Única.

El artículo 1 de la resolución modificó, de manera general, los siguientes aspectos del capítulo relacionado con las integraciones empresariales:

- Condiciones sobre los regímenes de autorización.

- Cálculo de los valores tenidos en cuenta para determinar el cumplimiento de dichas condiciones.
- Documentación e información que debe ser suministrada por las empresas que solicitan la autorización particular de la SIC.

En cuanto a las condiciones que determinan si una operación está sometida al régimen general o al régimen particular, se destacan los siguientes cambios introducidos por la resolución:

- En cuanto a las condiciones que determinan si una operación está sometida al régimen general se producen varias reformas. En primer lugar, se sustituye el criterio relacionado con la participación en el mercado por el criterio relacionado con los ingresos operacionales de las mismas; en segundo lugar, se eleva el valor de la condición relacionada con los activos de las empresas, pasando de 50 000 salarios mínimos a 100 000 salarios mínimos.
- En tercer lugar, se aclara el método para calcular los activos y se define qué activos deben ser contabilizados.
- En cuarto lugar, se incorpora explícitamente un concepto ampliado de “grupo empresarial”.
- En quinto lugar, la resolución no modifica el unidad monetaria utilizada para determinar el nivel activos , pero sí establece que se toma el salario mínimo “correspondiente al año fiscal inmediatamente anterior a aquel que se avisa a la SIC la operación de integración”.
- En sexto lugar, elimina la referencia a la responsabilidad personal de quien manifiesta el cumplimiento de criterios para que las empresas queden sujetos al régimen de autorización general y para quien aprueba la realización de la operación¹²² .
- En séptimo lugar, se establece que las operaciones entre empresas de un mismo “grupo empresarial”, no deben ser notificadas previamente a la SIC.
- En octavo lugar, la resolución aumentó y precisó la información y documentos que deben ser remitidos por las empresas que solicitan autorización de la SIC para llevar a cabo una operación de integración.

Las modificaciones en relación con la remisión de información y documentos, será explicada con mayor detalle en el punto 6.6 del presente documento.

5.3. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ES DE CARÁCTER PREVIO

Como se deduce de la lectura del inciso primero del artículo 4º de la Ley 155 de 1959, el control de concentraciones es de carácter previo. Es decir, que en los casos previstos por la ley, los interesados deben solicitar autorización a la SIC, antes de realizar la transacción respectiva.

Abstenerse de solicitar la autorización correspondiente puede producir importantes consecuencias desfavorables para las partes que realicen la concentración, como se advirtió anteriormente.

5.4. CASOS EN QUE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DEBE OBJETAR LAS CONCENTRACIONES

De conformidad con lo previsto por el párrafo 1º del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, la SIC deberá objetar aquellas operaciones que produzcan “una indebida restricción a la libre competencia”.

5.4.1. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Entendidos como aquellos mercados de bienes y/o servicios delimitados geográficamente que se verían afectados de una u otra forma por la concentración.

El mercado relevante comprende tres aspectos, el “mercado producto”, el “mercado geográfico” y el “mercado temporal”. El primero se entiende como el conjunto de productos o servicios sustitutos entre sí en virtud de su similitud en precios, usos y características.

El segundo aspecto contenido en el concepto de “mercado relevante” es el “mercado geográfico”, entendido como el territorio en el que las empresas afectadas desarrollan sus actividades de suministro de productos y prestación de servicios, en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otros territorios vecinos.

Por último, debe considerarse el “mercado temporal”, que hace referencia al período de tiempo en el cual se analizan las características del mercado ya analizadas. Este período es generalmente el correspondiente al año anterior a la realización de la operación de concentración empresarial.

5.4.2. PRESUNCIONES DE OPERACIONES QUE TIENDEN A PRODUCIR UNA INDEBIDA RESTRICCIÓN A LA COMPETENCIA

Según el artículo 5º del decreto 1302 de 1964 La SIC. De conformidad con lo previsto en el artículo citado, la SIC está obligada objetar aquellas operaciones que se encuentren en una de las siguientes situaciones:

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

5.4.3. OTROS FACTORES QUE PODRÍAN PRODUCIR UNA INDEBIDA RESTRICCIÓN A LA COMPETENCIA

En la actualidad la SIC no tiene la obligación legal de objetar las operaciones de integración por el mero hecho de que a través de las mismas se adquiriera una posición de dominio en el mercado. Lo anterior se ajusta al artículo 333 de la Carta Política que establece que el Estado: “evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”

Sin Embargo el hecho de que una operación genere una alta concentración no implica que necesariamente deba ser objetada. Lo anterior debido a que la estructura del mercado permite que se preserve la competencia cuando las barreras de entrada son bajas al igual que los costos hundidos o cuando hay competidores que cuentan con capacidad instalada ociosa.

En la operación de integración de Robin Hood – Meals, informada el 3 marzo de 2005, la SIC estableció que a pesar de que la operación produciría una importante concentración en el mercado de helados institucionales, la operación no restringiría indebidamente la competencia, debido a la estructura y características que presentaba el mencionado mercado.

La SIC expuso su análisis en los siguientes términos:

“Así, pues, dado el elevado porcentaje de participación de mercado que alcanzaría la sociedad integrada una vez se lleve a cabo la operación y la importante variación en los índices de concentración

5.5. CASOS EN QUE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO NO PUEDE OBJETAR LAS CONCENTRACIONES

Como se explicó anteriormente, el artículo 51 decreto 2153 de 1992 estableció la cláusula o excepción de eficiencia en virtud de la cual el superintendente deberá abstenerse de, “objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo

4 de la Ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que pueden haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado”.

A partir de la anterior norma la SIC establece que la cláusula de eficiencia sólo es aplicable cuando se cumplan las cuatro condiciones:

- a. La operación debe generar mejoras significativas en eficiencia.
- b. Dichas mejoras deben producir ahorros en costos.
- c. Los ahorros generados no pueden ser alcanzados por otros medios.
- d. Se debe garantizar que no habrá reducción de la oferta”¹³².

5.6. INFORMACIÓN REQUERIDA PARA EL ESTUDIO DE LAS CONCENTRACIONES

El artículo 9º del decreto 1302 de 1964, enumera los documentos que deben anexar los interesados en obtener la autorización de la SIC para realizar una operación de integración, la cual debe ser complementada por la que requiere la Circular Única de 2001 de la SIC, que fue modificada por la resolución 22195 de 2006, en los siguientes términos:

“En desarrollo de lo previsto en el literal h del artículo 9 del decreto 1302 de 1964 y en el numeral 21 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, y con el fin de que la Superintendencia de Industria y Comercio determine si la operación genera una indebida restricción a la competencia, las operaciones de integración que no estén dentro del régimen de autorización general, deberán ser informadas a esta Superintendencia, adjuntando la información señalada en el presente numeral.

Como se puede observar, se amplió el tipo de información y documentación requerida por la SIC para analizar una operación. Conforme con el quinto considerando de la resolución que modificó la Circular Única, para el análisis

de una operación las empresas deben allegar la “información suficiente sobre los mercados afectados por la operación de integración, de tal forma que sea más expedito su proceso de evaluación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio”.

Asimismo, debe resaltarse que, en virtud de la reforma, se establece la obligación de que la información y documentos sean remitidos en idioma castellano, tanto por escrito como por medio magnético.

6. PROCEDIMIENTO ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

6.1. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

De conformidad con parágrafo segundo del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, citado en el punto 4.1 de este documento, una vez presentada a la SIC la solicitud de autorización o no objeción, la autoridad cuenta con treinta (30) días (hábiles) para pronunciarse sobre la misma. El pronunciamiento de la SIC puede ser en uno de tres sentidos:

- Autorización plena, sin condicionamientos.
- Autorización condicionada.
- Objeción.

Sin embargo, esta disposición aparentemente no ha sido aplicada por la SIC, ya que los términos se cuentan desde la radicación de la solicitud y no existe el trámite de inscribir en un libro el momento en que la solicitud de integración entra al despacho del superintendente, ni tampoco existe el mencionado libro. Por otra parte la autoridad de la competencia ya no es la Superintendencia de Regulación Económica y en la planta administrativa de la SIC no existe el cargo de director ejecutivo.

Debe concluirse por tanto, que el término de 30 días que la ley concede a la autoridad para estudiar la operación y pronunciarse sobre la misma, comienza a correr a partir del día siguiente al de la radicación de la respectiva solicitud de acuerdo a la norma ya señalada

6.2. INFORMACIÓN ADICIONAL

Es posible que la SIC requiera información adicional a la presentada por los interesados, caso en el cual puede requerirlos por una sola vez, con el objeto de que la complementen. En ese caso el término para decidir queda interrumpido y solamente volverá a correr una vez los particulares hayan radicado la información solicitada.

6.3. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Como ya se advirtió, en el evento de que transcurra el término previsto por la ley para el pronunciamiento de la SIC sin que éste se produzca, se entenderá que se ha configurado el silencio administrativo positivo y los particulares podrán proceder a realizar la integración.

Se trata de una institución procesal de carácter excepcional, así como lo establece el artículo 41 del Código Contencioso Administrativo:

“Artículo 41. Silencio positivo. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

El carácter positivo del silencio administrativo que aplica a las concentraciones empresariales se encuentra consagrado en el ya citado parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 155 de 1959.

Además de ello de acuerdo al consejo del estado, es la garantía procesal que opera en caso de que no se resuelva la petición en el término correspondiente, que contiene la decisión de autorizar a los particulares para realizar la operación de integración empresarial.

6.4. EL DEBIDO PROCESO APLICADO A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

El principio constitucional del debido proceso fue consagrado en el artículo 29 de la Carta, el cual dispone : “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas(...)

De acuerdo con el mandato constitucional del artículo 29 transcrito, la decisión sobre la autorización o no objeción de la SIC a una operación de integración que le sea informada en cumplimiento de la obligación establecida en la Ley 155 de 1959, debe gobernarse por el principio del debido proceso.

En materia de derecho al debido proceso son múltiples los pronunciamientos de la Corte Constitucional. En la sentencia C-540 de 1997, la Corte se pronunció sobre las implicaciones de desconocer el debido proceso administrativo en los siguientes términos: “El desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia (...)

En la sentencia C-214 de 1994, el alto tribunal expresó:

“Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica (...).”

Asimismo, en la sentencia T-078 de 1998, la Corte señaló:

“Dentro de las garantías constitucionales que establece la Carta Política, enmarcada como garantía fundamental, se encuentra el debido proceso (artículo 29 CP.). De esta manera, el debido proceso constituye un derecho fundamental de obligatorio cumplimiento para las actuaciones tanto judiciales como administrativas, para la defensa de los derechos de los ciudadanos, razón por la cual deben ser respetadas las formas propias del respectivo proceso.

Finalmente, sobre el debido proceso en materia administrativa, la Corte también expresó en la sentencia T-352 de 1996:

“(...) Cuando la ley señala unos determinados elementos integrantes de la actuación, en especial si son en beneficio del administrado o han sido instituidos en garantía de sus derechos, y la administración omite cumplirlos, viola el debido proceso y compromete la validez de los actos que sean resultado de la actuación viciada (...).

Las concentraciones empresariales no están prohibidas de manera absoluta, sino que por el contrario se encuentran permitidas en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y en desarrollo del principio de libertad económica consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política.

Debido a que las integraciones empresariales aumentan la concentración de la economía y pueden llegar a vulnerar la libre competencia, las normas sobre la materia requieren que cuando se vayan a realizar operaciones significativas de este tipo, se informen de manera previa a la autoridad, con el fin de que impida aquellas produzcan una indebida restricción de la libre competencia.

Sin embargo, la forma y oportunidad que tiene la SIC para objetar o impedir las concentraciones que produzcan una indebida restricción de la libre competencia, se encuentra reglada y limitada de manera específica en favor de las empresas solicitantes.

En conclusión, la autoridad de la competencia se encuentra sometida al cumplimiento del debido proceso administrativo al momento de estudiar una integración empresarial que le sea informada.

En consecuencia, no podría la SIC, so pretexto de estar investigando por prácticas comerciales restrictivas a las empresas que se piensan integrar, suspender el término consagrado en la ley para pronunciarse sobre la objeción a la operación, en la medida en que ambos procedimientos son independientes.

En nada afecta al estudio de una operación, una investigación por prácticas comerciales restrictivas que se inicie paralelamente o con posterioridad al conocimiento de aquél, ya que al comenzarse el estudio de la operación de integración no existe ni existía una decisión que condene a las empresas en el sentido de violar la ley de competencia.

Finalmente las empresas solicitantes fueron autorizadas para llevar adelante la operación de concentración mediante la imposición del condicionamiento consistente en la venta de la marca Ralco, y la SIC aceptó las garantías ofrecidas por las empresas, con lo cual dio por terminada en forma anticipada la investigación que había iniciado.

7. CONDICIONAMIENTOS IMPUESTOS POR LA SIC A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

La SIC tiene la facultad tanto para objetar una integración empresarial, como para aprobarla sin condicionamiento alguno. Sin embargo, la autoridad de la competencia también cuenta con la facultad para aprobar o autorizar una integración empresarial sujetándola al cumplimiento de ciertas obligaciones o condiciones impuestas por ella.

Se trata de una creación doctrinal de la Superintendencia, por medio de la cual obliga a las entidades involucradas en la operación a cumplir determinadas obligaciones a las que queda sujeta la autorización de la integración.

En la práctica, la Superintendencia ha impuesto un variado número de condicionamientos a algunas de las concentraciones que ha estudiado.

Vale la pena mencionar que existe la posibilidad para las entidades involucradas en la operación, de ofrecer a la SIC condicionamientos para que dicha autoridad apruebe la integración.

Asimismo resulta importante destacar que no existe una instancia formal en la que se puedan discutir los condicionamientos, antes de la expedición del acto administrativo correspondiente, con el objeto desarrollar los argumentos que generen que la SIC retire o en su defecto modifique los que ha impuesto.

A pesar de lo anterior, la SIC en algunos casos ha permitido cierto nivel de comunicación al respecto, la forma de hacer valer los argumentos en contra de los condicionamientos impuestos, es a través del recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo respectivo. Habiendo agotado la vía gubernativa, y en caso de que la decisión no haya sido modificada, el mencionado acto administrativo es susceptible de ser demandado jurisdiccionalmente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

7.1. DESINVERSIÓN

En dos casos diferentes estudiados por la SIC, esta autoridad impuso la obligación de que de manera previa a la realización de la integración, se cumplieran los condicionamientos por ella señalados.

Se impuso como primera medida, en el caso DSM – Roche Vitaminas Colombia S.A.138, que de manera previa a la realización de la integración, se cumplieran las siguientes obligaciones:

- a. Se terminen los contratos de ventas exclusivas respecto de alguna o algunas de las marcas.
- b. Que se transfiera o ceda a cualquier título una o más de las marcas que se adquirirían.
- c. Que se informe a la SIC, la identidad del adquirente y la manera en que se garantice su participación en la comercialización del respectivo o respectivos productos en el territorio nacional.

En estos casos la SIC dispone expresamente que el cumplimiento de lo dispuesto en la respectiva resolución es fundamento de hecho para la aprobación de la operación presentada y por consiguiente, el incumplimiento de las condiciones impuestas deviene en la objeción de la operación de integración cuya autorización se solicita.

7.2. MANEJO SEPARADO DE PARTE DEL NEGOCIO

Este condicionamiento impuesto por la SIC139 en el caso Noel – Suizo, busca que la entidad resultante de la operación de integración maneje separadamente del resto de sus negocios aquel que fue objeto de la operación. La SIC obligó a que se mantuviera una estructura comercial independiente del resto de las compañías que manejan la totalidad de alguna o algunas de las marcas.

Como lo que se busca con este condicionamiento es que se mantengan estructuras separadas, como si se tratara de dos empresas diferentes para no generar restricciones en el mercado, entre la unidad separada y el resto de las compañías que manejen otras marcas no se podrán realizar actos que sean restrictivos de la libre competencia.

En tal sentido, con la finalidad pretendida en el artículo 47 del decreto 2153 de 1992, no se podrían realizar acuerdos que:

- a. Tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
- b. Tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros. No obstante, las condiciones de venta a la unidad que maneje las marcas separadas no serían tenidas en cuenta para efectos de determinar condiciones discriminatorias con terceros.
- c. Tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre los productos que comercializa dicha unidad y las demás compañías. No obstante lo anterior, se podrá preservar o fortalecer la presencia regional de las marcas de las compañías como se encontraban previamente a la formalización de la operación de integración. En todo caso a los administradores de la unidad que maneje las marcas separadas no se les podrán imponer metas de reducción de presencia regional o que estimulen el retiro de una zona específica.
- d. Tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cantidades o cuotas de producto que se van a comercializar en los mercados.
- e. Tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de los productos a terceros a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio.
- f. Tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.

g. Tengan por objeto o tengan como efecto impedir a los terceros el acceso a los canales de comercialización.

7.3. PONER A DISPOSICIÓN DE COMPETIDORES LA CAPACIDAD DE PRODUCCIÓN O LA CAPACIDAD LOGÍSTICA

La Superintendencia impuso en el caso Noel - Suizo¹⁴⁰ para la entidad resultante de la integración, la obligación de producir para terceros, potenciales competidores.

Los productos que se fabriquen no tendrán que ser diferentes a los productos del portafolio actual de las empresas y se haría al costo de ventas (incluyendo los costos en los que se incurra en las plantas por adecuar las líneas al cambio de referencia) más una margen que, para el caso que estudió la SIC, era máximo la mitad del porcentaje que representaba el margen de utilidad bruta que reportó la compañía en un año determinado anterior a la operación, respecto del costo de ventas.

Finalmente, la SIC mediante oficio 00038295 del 18 de julio de 2000, y en el mismo caso de Bavaria - Leona, impuso otro condicionamiento consistente en la obligación de informar, señalando la disposición de recibir ofertas y la forma como éstas podrían allegarse, en relación con las plantas de su propiedad respecto de las cuales se tenga la intención o el proyecto de cierre definitivo y que no vayan a ser usadas en el giro ordinario de sus negocios. La intención de enajenación se concretaría publicando la oferta.

7.4. CONCENTRACIÓN VERTICAL: RELACIONES CON DISTRIBUIDORES O PROVEEDORES

La SIC, en el caso Peldar – Conalvidrios¹⁴³, impuso la obligación a la entidad resultante de la operación, de informar periódicamente la participación en el capital de clientes y proveedores y de éstos en las empresas vinculadas.

Asimismo, impuso también, en el caso Hewlett Packard - Compaq¹⁴⁴, la obligación para la entidad resultante de abstenerse de establecer relaciones exclusivas con sus distribuidores.

El objetivo de éste y de los otros condicionamientos, es el de evitar que, además de restringirse la libre competencia en el mercado a través de la integración horizontal, se logre restringir a través de concentraciones verticales con sus proveedores o distribuidores.

En este sentido, la Superintendencia impuso un condicionamiento, en el caso Monómeros - Cargill¹⁴⁵, consistente en la obligación de abstenerse de mantener cláusulas de repartición de mercado con sus distribuidores. Advirtió también la autoridad que, en el evento de que existieran, dichas cláusulas deberían ser eliminadas de manera inmediata.

Otro condicionamiento impuesto por la SIC en el caso Noel - Suizo¹⁴⁶, y que eventualmente podría imponerse a futuras concentraciones, consiste en la obligación de desmontar los planes de fidelización con tiendas y almacenes que:

- a) Premien o exijan la exclusividad en el suministro de los productos de las compañías a las tiendas;
- b) Impliquen la venta del producto a precios por debajo del costo;
- c) Corresponden a planes tipo millas que se obtienen acumulando puntos por cada compra.

Sin embargo, la misma SIC estableció que exonerará a las compañías del cumplimiento de la eliminación de los planes de fidelización si existe un plan de este tipo que sea ofrecido por un de un competidor que:

- a) Cuento con una participación similar o superior a la de las compañías en un canal, región o línea de producto, caso en el cual el plan se circunscribirá a dicho canal, o línea de producto;
- b) Tenga una capacidad de producción en la línea de producto igual o superior a la capacidad actual de las empresas, de conformidad con la certificación que expida una firma proveedora de equipos de reconocida trayectoria que cuente con dicha información.

Es igualmente posible que la SIC, en ejercicio de su facultad de aprobar una integración con condicionamientos, imponga uno por medio del cual, como efectivamente ya lo hizo en el caso Bavaria - Leona¹⁴⁷, se establezca la obligación de no vetar la venta o suministro de materias primas a potenciales competidores en la producción o distribución de los respectivos bienes o servicios y de ofrecer a los terceros condiciones de mercado para el acceso a las materias primas o insumos por ellas elaborados.

Finalmente, la Superintendencia con el objetivo de evitar que la entidad resultante de la operación hiciera un uso indebido de su posición de dominio en el mercado, impuso en el caso Bavaria - Leona la obligación de abstenerse de subordinar las ventas de sus productos a los distribuidores y detallistas, a la condición de vender los demás productos de las empresas.

7.5. TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

La SIC ha impuesto una serie de condicionamientos en diferentes casos que tienen por objeto evitar que la entidad resultante de la operación impida o evite que sus competidores accedan a los desarrollos tecnológicos, sin los cuales pueden verse rezagados en el mercado y puede llevarlos a su desaparición.

En el caso Peldar – Conalvidrios150 en el que obligó a no negar la asesoría y transferencia tecnológica, cuando se solicite en condiciones de mercado por un competidor o eventual competidor y a brindar la asesoría y conceder la transferencia de tecnología en condiciones por lo menos equivalentes a las pactadas con alguna de las empresas involucradas en la operación.

En el caso Noel - Suizo151 por la SIC consistente en la obligación de abstenerse de incurrir en conductas que:

- a) Tengan por objeto o tengan como efecto la limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos;
- b) Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos para los demás competidores. En este sentido las empresas no podrían exigir exclusividad en el uso de tecnología a los proveedores de ésta.

Finalmente, la SIC ha obligado, como lo hizo en el caso Bavaria – Leona, a no pactar con productores de tecnología o proveedores de servicios informáticos o de conocimientos, nacionales o extranjeros, cláusulas de exclusividad o cláusulas por medio de las cuales se conviertan en únicos clientes en el territorio nacional, o mediante las cuales restrinjan el acceso por parte de terceros u obliguen a adquirir los servicios en condiciones injustificadamente gravosas, solamente en la medida que se prevea que si algún potencial competidor requiere la tecnología, tendría acceso a la misma en las condiciones de mercado vigentes al momento de la adquisición por parte del tercero.

7.7. GARANTÍAS DEL TRASLADO DE BENEFICIOS EN EFICIENCIA A LOS CONSUMIDORES

En consonancia con las tendencias internacionales, la SIC ha impuesto condicionamientos a las concentraciones en el sentido de obligar a que las eficiencias que se producen de aquellas operaciones se trasladen a los consumidores.

Las eficiencias que se producen de una integración son un factor determinante a la hora de aprobar la operación. Sin embargo, para asegurar que los beneficios en eficiencia se trasladen a los consumidores, la

Superintendencia ha obligado a las empresas involucradas a que se comprometan a lograr ese objetivo.

7.8. MEDIDAS SOBRE MANTENIMIENTO DE MARCAS

La SIC impuso la obligación en el caso Bavaria - Leona a las entidades interesadas en la integración, de mantener por lo menos dos marcas para los productos objeto de la operación, cuyas ventas conjuntamente representen un porcentaje determinado de la capacidad de producción de alguna de las empresas o de la resultante.

7.9. PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN

Con el fin de lograr transparencia y un mejor control sobre la entidad resultante, la SIC impuso en el caso Peldar – Conalvidrios la obligación de hacer públicas periódicamente las condiciones de venta de sus productos,

Se podrían imponer publicaciones periódicas en un medio idóneo para que alcance a todos los potenciales compradores o proveedores. No podrían existir condiciones de venta que no correspondan a las publicadas, además se impuso la obligación de hacer públicas periódicamente las condiciones de adquisición de materias primas.

Se podrían imponer publicaciones periódicas en un medio idóneo para que alcance a todos los potenciales compradores o proveedores.

7.10. CONTRATAR UN AUDITOR QUE CONTROLE EL CUMPLIMIENTO

Como última gran clase de condicionamientos que en la práctica ha impuesto la SIC, aparece la obligación consistente en contratar un auditor que controle el cumplimiento de los condicionamientos impuestos.

Así la Superintendencia obligó, en el caso Noel – Suizo¹⁵⁸, a contratar un servicio de auditoría que se encargue de verificar el cumplimiento de todas las condiciones señaladas y de hacer las verificaciones específicas que solicite la SIC.

En el caso referido, la SIC señaló que las compañías podrían solicitar que dicho servicio lo preste la firma de revisoría fiscal. No obstante, la SIC podría solicitar que dicha tarea la realice una persona diferente si dicha firma no cumple con la obligación en las condiciones que se exige.

8. PRINCIPALES DECISIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

8.1. EEPPM – ISAGEN

EEPPM pretendía adquirir las acciones que la nación y la FEN poseen en ISAGEN S.A. ESP. En virtud de tal operación, EEPPM adquiriría el 52.6% de las acciones de ISAGEN, lo cual le otorgaría una capacidad neta de generación de 3.815 MW/Hora. La SIC negó por primera vez en su historia una integración, debido a que de conformidad con lo previsto por el artículo 3º de la resolución 42 de 1999 de la CREG, ningún generador puede poseer una capacidad de generación neta superior a la “franja de potencia”, que para el año 2000 estaba en 3672 MW hora.

8.2. BAVARIA - LEONA159

Bavaria S.A., junto con algunas de sus subordinadas, solicitó autorización para comprar un importante paquete accionario de Cervecería Leona S.A. y para celebrar con dicha empresa un contrato de producción. La SIC no objetó la operación, pero impuso condicionamientos con el fin de minimizar su impacto sobre la competencia.

8.3. PELDAR - CONALVIDRIOS

Se solicitó autorización para llevar a efecto la concentración empresarial de Cristalería Peldar S.A. y Compañía Nacional de Vidrios S.A., Conalvidrios., la SIC no objetó la operación, pero impuso condicionamientos con el fin de minimizar su impacto sobre la competencia.

8.4. ALIANZA SUMMA: AVIANCA – SAM Y ACES

Las aerolíneas solicitaron a la SIC autorización para llevar a cabo una integración empresarial. La entidad objetó la operación por considerar que la nueva aerolínea adquiriría posición dominante en el mercado, lo cual produciría una indebida restricción a la libre competencia. Las aerolíneas interpusieron recurso de reposición contra la decisión, y luego de que se nombrara un superintendente ad hoc por la recusación del titular, la SIC revocó

la decisión de objeción, se declaró incompetente y remitió el expediente a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. La autoridad aeronáutica autorizó la integración sin condicionamientos mediante la resolución 4888 del 12 de diciembre de 2001.

8.5. MONÓMEROS – CARGILL

En octubre de 2001 las empresas Monómeros Colombo-Venezolanos S.A. (Monómeros) y Cargill Cafetera de Manizales S.A. (Cargill) presentaron una solicitud de autorización para una operación de concentración que consistiría en la adquisición de control de Monómeros sobre una nueva sociedad que se constituiría para desarrollar el negocio de fertilizantes de Cargill. El mercado relevante de la operación, de acuerdo a la SIC, era el mercado nacional de fertilizantes.

Por medio de la resolución 3789 del 05 de febrero de 2002, que fue corregida por la resolución 4304 del 13 de febrero de 2002, la operación fue objetada.

Finalmente, de acuerdo al SIC, las solicitantes no probaron que las eficiencias que alegaron se ajustaran a lo establecido en el artículo 51 del decreto 2153 de 1992.

Por medio de la resolución 13076 del 29 de abril de 2002 la SIC resuelve el recurso reposición interpuesto por las solicitantes y decide modificar la resolución 3789 de 2002 en el sentido autorizar la operación informada con condicionamientos.

8.6. ETERNIT – COLOMBIT

En enero de 2002 las empresas Eternit Colombiana S.A., Eternit Atlántico S.A., Eternit Pacífico S.A. (conjuntamente denominadas Eternit) y Colombit S.A., (Colombit) solicitaron a la SIC autorización para realizar una operación de concentración que consistiría en la compra de las acciones de la sociedad Nefibowm B.V. en la sociedad total de acciones de Colombia, que correspondían al 81.5% del total de las acciones de Colombia.

En cuanto a las eficiencias argumentadas por las partes, la SIC manifiesta que las partes no probaron que dichas eficiencias no pueden ser obtenidas por medios distintos a la concentración y tampoco se justificó por qué se obtendrían las cuantías señaladas.

8.7. EXXONMOBIL – CARBOQUÍMICA

En noviembre de 2003 bajo las sociedades Exxonmobil de Colombia S.A. (Exxonmobil) y Carboquímica S.A. solicitaron a la SIC autorización para realizar una operación de concentración que consistiría en un acuerdo de producción y comercialización entre las dos sociedades, entre otros, en relación con el suministro por parte de Exxonmobil a Carboquímica de materia prima para la elaboración del plastificante DINP. De acuerdo a la SIC el convenio produciría una integración horizontal:

El mercado relevante de la operación, de acuerdo a la SIC, era el mercado nacional del plastificante denominado DIDP.

Por medio de la resolución 4933 del 4 de marzo de 2004 la operación fue objetada principalmente por:

- La entidad resultante de la operación tendría una participación del 99% del mercado de DIDP.

Las eficiencias que señalan las empresas en su solicitud no fueron cuantificadas ni justificadas, razón por la cual la SIC consideró que no se ajustaban a los supuestos del artículo 51 del decreto 2153 de 1992.

8.8. POSTOBÓN – QUAKER

Postobón S.A. y Productos Quaker S.A. (Quaker) – subsidiaria de PepsiCo Inc. – solicitaron a la SIC autorización para realizar una operación de concentración que consistiría en la realización de un acuerdo de franquicia entre PepsiCo y Postobón, el cual le otorgaría a Postobón

Conforme a lo establecido por la SIC, el acuerdo de franquicia tendría por efecto una concentración económica de tipo horizontal en la medida en que Quaker desaparecería del mercado de las bebidas isotónicas y la comercialización de las dos marcas líder en el mercado - Squash y Gatorade – quedaría en cabeza de Postobón.

No obstante, de acuerdo al análisis de la SIC el mercado relevante afectado por la operación estaba compuesto exclusivamente por las bebidas isotónicas puesto que las demás bebidas no eran consideradas sustitutas en cuanto a sus características, uso, precio y percepción de los consumidores.

Con respecto a las eficiencias argumentadas por las solicitantes en la solicitud de autorización, la SIC consideró que éstas no fueron debidamente cuantificadas y justificadas.

8.9. PROCTER & GAMBLE – COLGATE

Procter & Gamble Colombia Ltda. (Procter & Gamble) y Colgate Palmolive Compañía (Colgate) solicitaron a la SIC autorización para realizar una operación de concentración que se realizaría en Colombia en virtud del acuerdo realizado en el exterior por sus sociedades matrices The Procter & Gamble Company y The Colgate Palmolive Company.

El mercado relevante de la operación, de acuerdo a la SIC, era el mercado nacional de los detergentes en polvo. El punto central de discusión en esta operación también consistió en la determinación del mercado relevante.

Sin embargo la SIC concluyó que,

“[t]eniendo en cuenta los hábitos de lavado de los consumidores, tanto en el proceso de lavado a mano, como en el proceso de lavado de ropa en lavadora...”

.

El mercado puede segmentarse en dos el segmento de lavado a mano que incluye los detergentes y jabones en barra y el segmento de lavado en lavadora que incluye detergentes en polvo y líquidos.

Por medio de la resolución 28037 del 12 de noviembre de 2004 se objetó la operación en virtud de las siguientes razones:

- Aumento considerable de la concentración de los mercados relevantes, que se traduce en la variación del índice HHI de 2896 a

5326.

- Ausencia de bienes sustitutos para los diferentes productos que hacen parte del mercado relevante.

- Disminución efectiva de la competencia, pues según la SIC,

Por medio de la resolución 29807 del 29 de noviembre de 2004 la SIC resuelve el recurso de reposición interpuesto por las partes y confirma la resolución 28037 de 2004.

8.10. SABMILLER PLC - BAVARIA S.A.

Esta operación resulta importante no solamente por su tamaño, sino por la discusión respecto de la necesidad de informar la operación a la SIC, en atención a que SabMiller plc no participaba de manera directa en el mercado colombiano de las cervezas.

Por medio del oficio 5083695 del 23 de septiembre de 2005 la SIC autorizó la operación sin imponer ningún tipo de condicionamiento.

CONCLUSIONES

Uno de los retos más importantes para las autoridades de la competencia de Latinoamérica y el Caribe, es precisamente el de la consolidación de regímenes de libre competencia adecuados para las estructuras de mercado existentes en sus respectivos países.

Sin embargo, la experiencia adquirida en la aplicación de las normas que promueven la libre competencia desde comienzos de la década de los noventa debe permitir a las autoridades de la competencia producir análisis coherentes con las particulares condiciones económicas que se presentan en los mercados.

No es justificable que se transplanten normas o teorías estadounidenses o europeas sin hacer un análisis riguroso de la conveniencia para nuestras economías. Un ejemplo de lo anterior es la aplicación de los sistemas de análisis norteamericanos sobre concentraciones empresariales.

Si bien EE.UU tiene un régimen de libre competencia con más de 100 años de maduración y la Unión Europea uno con más de cincuenta años de aplicación, y por tanto son referentes importantes para América Latina, nuestras autoridades de la competencia están en capacidad y tienen el deber de aplicar criterios propios que se ajusten a nuestras economías y a la finalidad de esta normativa que es el beneficio del consumidor.

En cuanto al caso colombiano, los siguientes temas deberían ser abordados por parte del Congreso que en los últimos años ha estudiado varios proyectos de ley presentados por diferentes congresistas:

- Necesidad de contar con una normativa y una autoridad únicas de libre competencia.
- Conveniencia de establecer una autoridad colegiada de competencia.
- Conveniencia de ampliar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la autoridad de la competencia.

- Necesidad de brindar seguridad jurídica en el análisis de las concentraciones empresariales.

Por su parte, teniendo en cuenta la amplitud de las normas sobre control de concentraciones, sería conveniente que la SIC expidiera guías de concentraciones —como lo han hecho otros países como Panamá, México, Venezuela, Argentina y Brasil— que sirvan como base conceptual a los interesados y desarrollen los criterios generales incluidos en la ley, en relación con los condicionamientos, medición del mercado, sustituibilidad de productos, elasticidad cruzada de la demanda, utilidad y cálculo de los índices de concentración, criterios para la imposición de condicionamientos, entre otros.

Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile

Informe del Secretariado de la OCDE – 2014

El presente informe analiza la Ley de Competencia de Chile, respecto a las operaciones de concentración y propone enmiendas a la Ley en base a (a) las mejores prácticas internacionales, (b) el reporte de la OCDE sobre la aplicación de la recomendación de 2005 relativa a las operaciones de concentración, y (c) cuestiones identificadas en la revisión de la adhesión de Chile al OCDE.¹⁰

Este informe evalúa los principales problemas derivados del régimen actual de control de concentraciones de Chile y propone recomendaciones para su mejora de conformidad con los estándares de la OCDE y las mejores prácticas internacionales. La preparación del informe consistió en revisar la legislación chilena vinculante y no vinculante (soft law), su jurisprudencia, así como de un ejercicio de constatación de los hechos realizado en Santiago con las autoridades, y los interesados en el control de concentraciones en Chile, entre los que se incluyó a la Fiscalía Nacional Económica (FNE), el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), la Corte Suprema, el Ministerio de Economía, las empresas, asociaciones de consumidores, representantes del Colegio de Abogados y expertos académicos.

¹⁰Las mejores prácticas internacionales incluyen las siguientes: OECD Recommendation of the Council on Merger Review, 23 de Marzo de 2005 – C(2005)34; ICN Recommended Practices for Merger Notification Procedures (2002-2004); y ICN Recommended Practices for Merger Analysis (2008-2010). Para el OECD 2005 Implementation Report: véase OECD Report on Implementation of the 2005 Recommendation: Country Experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review (2013); Para la revisión de la adhesión de Chile: véase OECD Competition Law and Policy in Chile. Accession Review (2010); así como también OECD, 2013 Annual Report on Competition Policy Developments in Chile, DAF/COMP/AR(2013)27, 2 October 2013.

PARTE 1. RÉGIMEN ACTUAL DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES DE Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile

Marco Legal

La Ley de Competencia en Chile se rige por el Decreto Ley No. 211 de 17 de diciembre de 1973 (en adelante, Ley de Competencia), cuya última enmienda se realizó en 2009. En ella se describe los tipos de actos que constituyen violaciones a la normatividad de competencia, junto con sus condiciones y sanciones correspondientes. Asimismo, establece las facultades de las autoridades: la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia (TDLC). El poder de decisión en materia de competencia se sitúa preponderantemente en el TDLC. Se trata de un tribunal especializado, independiente y que opera bajo la supervisión de la Corte Suprema. Sus jueces son abogados y economistas. La FNE es la autoridad responsable de la realización de las investigaciones. Es un organismo independiente que forma parte del Poder Ejecutivo, y está sujeto a la supervisión del Presidente de Chile a través del Ministerio de Economía.¹¹ También se compone por abogados y economistas.

La Ley de Competencia no incluye ninguna disposición específica sobre el control de concentraciones.¹² El control de concentraciones en Chile se basa, principalmente, en las disposiciones sustantivas de los artículos 1, 3 y 26 de Ley de Competencia, y en la práctica desarrollada a lo largo del tiempo por las dos autoridades.

El sistema jurídico chileno se basa en la tradición jurídica continental, en la que la ley estatutaria constituye el vínculo legal principal. En ausencia de normas relativas al control de concentraciones, la Guía de la FNE y los Autos Acordados del TDLC constituyen el principal recurso de normas sustantivas y procesales aplicables al control de concentraciones en Chile:

La Guía de la FNE para el Análisis de Operaciones de Concentración (en adelante, “Guía de la FNE sobre Concentraciones”): incluyen dos secciones, una primera sección, analítica y sustantiva, aplicable a todas las operaciones horizontales, y una segunda sección, procesal, aplicable a todos los tipos de operaciones, incluidas expresamente las horizontales, verticales y de

¹¹Artículo 33 de la Ley de Competencia. La FNE es un organismo independiente colocado dentro del Poder Ejecutivo, y las disposiciones institucionales prevén garantías de independencia en el cumplimiento de la Ley de Competencia y política chilenas. Por ejemplo, el Fiscal de la FNE es nombrado por el Presidente, pero sólo puede ser destituido por el Presidente en caso de negligencia manifiesta, y sujeto al voto de la Corte Suprema.

¹²El término “concentración,” presente a lo largo de este informe, se utiliza en un sentido genérico amplio, incluyendo cualquier operación de concentración; sea horizontal, vertical o de conglomerado, adquisiciones, alianzas estratégicas (*joint venture*), etc.

conglomerado. La Guía de la FNE sobre Concentraciones no vincula al TDLC, ni a la Corte Suprema, sin perjuicio del mecanismo de consulta establecido en el Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia.

El Auto Acordado N° 12/2009 del TDLC sobre la información relevante para un control preventivo de operaciones de concentración (en adelante, “Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones”):¹³ Facilita indicaciones útiles acerca de los factores examinados por el TDLC para el análisis de una operación de concentración consultada en virtud del Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia.

El Auto Acordado N° 5/2004 sobre la forma de tramitación de demandas o requerimientos, por una parte, y de consultas, por la otra, cuando recaigan sobre mismos hechos, en relación con la aplicación del procedimiento denominado “no contencioso” del artículo 31 del texto en vigor del Decreto Ley No. 211 (en adelante, “Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos”): En virtud de este cuerpo normativo, las operaciones de concentración, especialmente las consumadas, pueden presentarse ante el TDLC bajo una consulta no contenciosa y/o bajo un procedimiento contencioso.

Por último, la FNE y el TDLC han adoptado reglas internas de procedimiento, que se aplican a los procedimientos de concentración. Las Instrucciones Internas de la FNE para los Procedimientos de Aplicación establecen las normas de procedimiento que la FNE debe respetar en la realización de sus investigaciones (en adelante, “Instrucciones de Procedimiento de la FNE”). El Auto Acordado N° 11/2008 del TDLC sobre la Reserva y Confidencialidad de la Información asume como regla general que los procesos de que conoce el TDLC son públicos, y establece las circunstancias excepcionales por las que ciertos elementos del procedimiento pueden ser protegidos como confidenciales o reservados.

Ámbito de Aplicación del Régimen de Control de Operaciones de Concentración

No existe una definición legal de los **tipos de operaciones** que deban estar sujetas al control de concentraciones en Chile. Cualquier hecho, acto o convención, incluidas las operaciones de concentración, se encuentran sujetas a la Ley de Competencia (Artículo 3) en la medida de que éstas impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tienda a producir tales efectos. En la práctica, esta disposición ha permitido un amplio enfoque a los tipos de

¹³Un decreto de la corte o “Auto Acordado” es un instrumento jurídico adoptado por los tribunales de la administración de justicia. TDLC Auto Acordado N° 12/2009 sobre Información Relevante para el Control Preventivo de Operaciones de Concentración, de 20 de Marzo de 2009, disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Autoacordado_N_12_2009.pdf

operaciones analizadas por el control de concentraciones. De hecho, cualquier operación horizontal, vertical o de conglomerado, adquisición o alianza estratégica (joint venture), puede ser sujeta a análisis, y las autoridades pueden imponer medidas correctivas o sanciones si encuentran efectos adversos reales o potenciales en la competencia. Las operaciones entre extranjeros y las operaciones que incluyen al menos una parte o una empresa extranjera pueden, igualmente, formar parte de este enfoque basado en los efectos. No se requiere un nexo especial o adicional con Chile (por ejemplo, los activos nacionales o las ventas).

La Ley de Competencia no incluye ninguna excepción, exclusión o exención de los tipos de operaciones, entidades o sectores que pudieran caer fuera de su ámbito de aplicación.¹⁴

La Ley chilena no contempla **umbrales** numéricos o de valor para delimitar el ámbito de aplicación del régimen de control. Estos umbrales no constituyen norma de clausura, pues no excluyen la posibilidad de control de parte de la FNE, ni la eventual notificación de la operación a la FNE. Sin embargo, tales umbrales pueden ser entendidos como presunciones sustantivas (de orden práctico): Dado el régimen de notificación voluntaria actualmente vigente, y la posibilidad de que la FNE no actúe en contra de operaciones de concentración inferiores a tales umbrales, las partes de la concentración (en adelante, las Partes) pueden decidir no notificar su proyecto de concentración si no alcanza dichos umbrales sustantivos. Conforme se ha planteado, los umbrales del HHI comprendidos en la Guía de la FNE sobre Concentraciones son de alcance limitado, no son vinculantes, y su aplicación se acota a las operaciones horizontales presentadas ante la FNE, entidad que se reserva el derecho de investigar operaciones que no alcancen los umbrales bajo una de las siguientes circunstancias especiales: (i) una de las Partes involucradas es un competidor potencial; (ii) una de las Partes es un innovador importante o un competidor fuerte e independiente (una empresa “maverick”); o (iii) existen señales actuales o recientes de coordinación.

En la práctica, la notificación de concentraciones no es tan voluntaria como aparenta. En primer lugar, si las partes omiten consultar la operación de concentración ante el TDLC deben asumir el riesgo de que ésta sea presentada ante el Tribunal por la FNE o por terceros, ya sea a través de una consulta (procedimiento no contencioso), de acuerdo al Artículo 18 (2) de la Ley de

¹⁴Del mismo modo, ninguna otra disposición de ley o reglamentos sectoriales prevé la exclusión de la Ley de Competencia. En el sector de los medios de comunicación sujetos a concesión la notificación de concentraciones es obligatoria. Esta regulación sectorial somete operaciones en este sector al análisis de la FNE, que puede remitir el asunto al TDLC, en virtud de la Ley N° 19.733, Artículo 38.

Competencia o por medio de un requerimiento o demanda (procedimiento contencioso) en virtud del Artículo 18 (1). Esto último caso puede tener lugar cuando la FNE o terceros consideren que la operación pudiera implicar infracciones a la ley. La Ley de Competencia prevé un plazo de prescripción de tres años para las acciones contenciosas, contado desde de la ejecución de la conducta atentatoria a la libre competencia en que se fundan, mas nada dice sobre la temporalidad de los procedimientos de consulta. En segundo lugar, en varias de sus sentencias y resoluciones (en el contexto tanto de operaciones de concentraciones como de prácticas restrictivas) el TDLC ha impuesto a determinadas empresas y personas el deber de consultar ante el mismo tribunal respecto de cualquier operación futura. En tercer lugar, en el sector de los medios de comunicación, la regulación de Chile requiere que las partes involucradas en operaciones que impliquen cualquier cambio en la propiedad o del control de los medios masivos de comunicación, soliciten a la FNE informe favorable respecto de la misma. Por estas razones, la notificación, para efectos del control de concentraciones, califica como cuasi-obligatoria, o por lo menos, como semi-voluntaria.

La notificación voluntaria (consulta) ante el TDLC ofrece varias ventajas:

Si la operación cumple con la resolución que pone término al procedimiento de consulta, no sería susceptible de ser objetada por la vía contenciosa respecto a posibles daños y perjuicios.

La consulta voluntaria permite el ahorro de costos, dado que los costos procedimentales incurridos en una revisión no contenciosa son más bajos que los involucrados en los procesos contenciosos;

La aprobación formal de la operación otorga seguridad jurídica a las Partes, sus accionistas y sus clientes.

Sin perjuicio de que la Ley de Competencia no contempla el deber de notificar las operaciones a la FNE, otorga a la FNE la facultad de celebrar acuerdos extrajudiciales. Además, la Guía de la FNE sobre Concentraciones de la FNE ofrece a las Partes la posibilidad de presentar un proyecto de operación de concentración ante la FNE para un análisis más expedito (“vía rápida”). Este procedimiento basado en normas no vinculantes (soft law) ante la FNE es utilizado, en particular, cuando las Partes no tienen ninguna duda sobre la legalidad de su plan de concentración, o cuando están dispuestos a aceptar las condiciones impuestas. La notificación a la FNE no ofrece ninguna certeza sobre la operación, ya que no impide impugnaciones de terceros ante el TDLC, según se explica a continuación.

Facultad de Análisis y Procedimientos

La Ley de Competencia no establece **facultades específicas de análisis deconcentraciones**. Las atribuciones relativas al control de operaciones deconcentración son compartidas por el TDLC y la FNE, en virtud de sus respectivas facultades generales de aplicación previstas en los artículos 2, 18, 26 y 39 de la Ley de Competencia.

La defensa de la competencia en Chile, incluido el control de concentraciones, se materializa principalmente en sede judicial. El TDLC es la única autoridad que tiene la facultad de aprobar, bloquear, condicionar y/o sancionar una operación de concentración, ya sea en una consulta o en un procedimiento contencioso. La Corte Suprema sostuvo que el TDLC no estaba sujeto a ningún tipo de restricción legal, y está autorizado a imponer condiciones para mitigar los riesgos para la competencia que se desprendan de una operación. El TDLC también puede imponer a las Partes multas administrativas cuando la operación consumada viole la Ley de Competencia.

Las facultades de investigación corresponden a la FNE, la que desarrolla procedimientos investigativos frente a cualquier infracción potencial o efectiva a la Ley de Competencia. Las investigaciones se inician de oficio o previa demanda de un tercero. La FNE actúa como fiscal de la competencia y representa el interés público ante el TDLC. La FNE también está facultada para lograr acuerdos judiciales, y desde 2009, puede celebrar acuerdos extrajudiciales con las Partes para resolver eventuales infracciones a la Ley de Competencia. La FNE ha utilizado su poder conciliatorio notablemente en el contexto del control de concentraciones. A raíz de su investigación, la FNE puede resolver el caso con las Partes y cerrar la investigación, o someter el caso ante el TDLC.¹⁵ Dependiendo de si la operación ya ha sido consumada o si tiene efectos anticompetitivos, puede hacerlo a través de una consulta o un proceso contencioso, como se describe más adelante.

El control de concentraciones en Chile puede tener lugar a través de varios **procedimientos de análisis de concentraciones**. De hecho, el control deconcentraciones puede iniciarse no sólo por una notificación voluntaria de las

¹⁵La FNE también puede reabrir una investigación bajo el Artículo 39 de la Ley de Competencia. Sin embargo, la FNE no puede impugnar una operación que ha sido aprobada por el TDLC, con base en los mismos hechos: ver la contribución de Chile al debate de la OCDE sobre "Investigaciones consumadas y concentraciones no notificables", de 25 de Febrero de 2014, DAF/COMP/WP3/WD (2014) 13, [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)13&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2014)13&docLanguage=En).

Partes, sino también por iniciativa de la FNE o de terceros. Asimismo, la Ley de Competencia prevé dos tipos de procedimientos ante el TDLC: (contencioso y no contencioso, (sección 3.1). El tipo de procedimiento depende de quién lo inicia, y de si éste ha sido promovido a través de demanda o requerimiento (análisis contencioso) o a través de una consulta (análisis no contencioso). Por otra parte, las facultades de investigación y de solución de controversias de la FNE otorgan la posibilidad de que el proceso de revisión de concentraciones se dé ante la FNE (sección 3.2).

Análisis de Concentraciones por el TDLC

Una operación de concentración puede ser objeto de un análisis hecho por el TDLC, ya sea mediante un procedimiento de consulta o mediante un procedimiento contencioso. Desde su creación (año 2004) el TDLC ha emitido decisiones en 16 casos de operación de concentración, tal como se detalla en el Anexo de este informe.

El **procedimiento de consulta** se rige por los artículos 18 (2) y 31 de la Ley de Competencia, además del Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones. Según el Artículo 18 (2), la consulta del TDLC consiste en conocer los “hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”. El procedimiento consta de los siguientes pasos:

Las Partes, la FNE o terceros que tengan un interés legítimo en la operación de concentración pueden someter la operación a consulta ante el TDLC. El TDCL no puede iniciar de oficio un análisis.

Un procedimiento de consulta puede tener lugar en cualquier momento, ya sea antes o después de la operación. Si se presenta antes de la operación, el procedimiento de consulta es suspensivo, en virtud del Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos.¹⁶ Si se presenta después de la operación, la consulta permite una revisión ex post no contenciosa. En virtud de lo señalado por el Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia, el TDLC establece las condiciones (es decir, las medidas) necesarios para garantizar que la operación de que se trate cumpla con la Ley de Competencia. En el contexto de una operación de concentración, sea antes o después del cierre de la operación, se entiende que esta disposición permite al TDLC aprobar la operación, aprobarla

¹⁶No existe una base jurídica clara para el efecto suspensivo previsto en el Artículo 3 del Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos. El efecto suspensivo nunca ha sido cuestionado y se respeta por las Partes en la práctica.

bajo ciertas condiciones, o rechazarla, cuando no existan condiciones suficientes para evitar la materialización de riesgos anticompetitivos.

Desde la creación del TDLC, casi todas los análisis de concentraciones fueron motivados por una consulta (14 de las 16 analizadas), incluidas una presentada por la FNE, una por un tercero y 12 por las Partes.

Las consultas y su contenido son publicados por el Diario Oficial y en el sitio web del TDLC, con excepción de la información de carácter confidencial. Los procedimientos no contenciosos se inician con la publicación de la resolución de inicio del procedimiento del TDLC. La FNE, las autoridades directamente interesadas, y los agentes económicos que, a discreción exclusiva del Tribunal, estén relacionados con el asunto, deben ser notificados del inicio del procedimiento. Dentro del plazo establecido por el TDLC, no menor a 15 días hábiles, todas las partes involucradas (con interés legítimo) pueden aportar los antecedentes que estimen pertinentes.¹⁷ La FNE emite un informe y expresa su opinión respecto de los efectos en la competencia de la operación objeto de la consulta. La FNE también puede proponer condiciones para hacer frente a los riesgos anticompetitivos involucrados en la operación, las que no son vinculantes para el TDLC.

Con independencia de si la operación de concentración implica inconvenientes desde el punto de vista de la libre competencia, el proceso no contencioso del TDLC (iniciado a través de consulta) se traduce en un sistema de control de fase única. El análisis completo de la consulta no está sujeto a ningún límite temporal. El Artículo 31 de la Ley de Competencia establece plazos para diversas etapas del proceso no contencioso, pero no son respetados consistentemente por el TDLC.¹⁸

El segundo procedimiento consiste en el **procedimiento contencioso**, en el que tanto la FNE, como terceros (sin interés legítimo requerido) pueden impugnar una operación de concentración ante el TDLC de conformidad con el Artículo 3 de la Ley de Competencia. El procedimiento contencioso puede ser promovido antes o después de la consumación de la operación, aunque es más probable y común que ello tenga lugar una vez que la operación se ha materializado. A

¹⁷Durante el procedimiento no contencioso (consulta) ante el TDLC, la FNE, las agencias gubernamentales y terceros que acrediten interés legítimo, pueden hacer comentarios sobre el proyecto de concentración, incluyendo las condiciones, también pueden sugerir nuevas condiciones. Ver la contribución de Chile a la Mesa Redonda de la OCDE sobre "Condiciones en casos de Operaciones de Concentración," 2011, op. cit.

¹⁸Esto es verdad, sobre todo para el plazo final dentro del cual normalmente el TDLC debe emitir su fallo. Hasta la fecha, los 14 fallos emitidos por el TDLC en consultas de concentraciones (las estadísticas para este informe se cerraron el 31 de Enero de 2014) duraron aproximadamente 9 meses en promedio. Para mayor información, ver el Anexo a este informe y el punto "Periodo de Análisis" en esta sección.

diferencia de los procedimientos de consulta, el proceso contencioso permite que el demandante busque no sólo el establecimiento de condiciones o medidas, sino también la imposición de sanciones (multas) en contra de las Partes. A la fecha, el TDLC ha revisado una operación de concentración en un procedimiento contencioso.

El procedimiento contencioso se caracteriza por:

El procedimiento contencioso se rige por el Artículo 18 (1) y los artículos 19 al 29 de la Ley de Competencia, que se aplica a cualquier infracción en materia de competencia. El procedimiento inicia con un requerimiento (presentado por la FNE) o demanda (presentado por un tercero). El requerimiento o la demanda deben describir los hechos (la concentración, por ejemplo) que infringen la Ley de Competencia y el mercado o los mercados afectados por la presunta infracción. En gran medida el procedimiento contencioso sigue el código de procedimiento civil de Chile. En éste las partes pueden hacer observaciones por escrito y se contempla una audiencia oral. El TDLC es libre de imponer medidas preliminares en espera de la sentencia definitiva.

En el curso del procedimiento contencioso, el TDLC también puede invitar a las Partes a resolver el caso mediante un acuerdo (“conciliación”), sujeto a su aprobación final con base en el Artículo 22 de la Ley de Competencia. Esta facultad de arreglo de controversias sólo se encuentra disponible en los procesos contenciosos y termina con el proceso si es aprobada por el TDLC.

La sentencia definitiva del TDLC en un procedimiento contencioso puede aprobar la operación de concentración, declararla anticompetitiva y prohibirla, condicionarla al cumplimiento de “medidas preventivas, correctivas o prohibitivas”, y/o imponer sanciones.

En 2012, la FNE inició por primera vez un procedimiento contencioso en contra de una operación consumada en la industria cinematográfica que presentaba problemas de competencia. Como parte del procedimiento del TDLC, la FNE llegó a un acuerdo judicial con las Partes, lo que requirió desinversiones ex post, aprobadas por el TDLC.

Los procedimientos de control de concentraciones ante el TDLC, sean en consulta o en procedimientos contenciosos, son públicos, incluyendo las presentaciones por escrito y las audiencias orales. El TDLC puede acordar, excepcionalmente, proteger la información como “reservada” o “confidencial”,

cuando información delicada o secretos industriales o empresariales estén en juego.¹⁹

El TDLC ha abordado el riesgo de que tengan lugar múltiples procedimientos referidos a los mismos hechos (u operación) en el Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos. Dicho Auto Acordado contempla reglas que definen la forma de proceder en supuestos de que existan demandas o requerimientos (procedimiento contencioso) y consultas (procedimiento no contencioso) que se refieran a los mismos hechos:

Si un procedimiento contencioso se ha presentado con anterioridad, una consulta referente a los mismos hechos no es admisible.

Si una consulta se presenta con anterioridad: (i) antes de la operación, la consulta tiene prioridad sobre cualquier acción contenciosa (el demandante puede hacer valer sus acciones en el procedimiento de consulta); mientras que si se presenta (ii) después de la consumación de la concentración, una demanda contenciosa posterior prevalece y transforma el procedimiento de consulta en un procedimiento contencioso (al que se une la parte consultante).

El TDLC debe emitir las sentencias correspondientes a cada procedimiento contencioso, incluyendo las posibles condiciones y sanciones, si es que tuvieren lugar. Las resoluciones del TDLC en procedimientos de consulta son declaratorias y pueden incluir condiciones (las correcciones, por ejemplo) para que la operación cumpla con la ley. En caso de incumplimiento, la FNE debe promover un procedimiento contencioso ante el TDLC en contra del infractor.

Análisis de Concentraciones por la FNE

La FNE está a cargo de una investigación, a partir de la cual presenta un informe ante el TDLC, en el que proporciona sus conclusiones en cuanto a si la operación plantea problemas de competencia. El informe de la FNE no es vinculante para el TDLC.

Incluso en ausencia de un procedimiento abierto del TDLC, la FNE puede investigar operaciones, de oficio o a partir de la demanda de un tercero, como se estipula en el Artículo 39 de la Ley de Competencia. Si se encuentra que una

¹⁹Información confidencial y reservada son dos conceptos distintos y gozan de dos diferentes niveles de protección. Información reservada significa que la información sólo es accesible para las Partes del procedimiento (incluida la FNE), pero no para terceros. A la Información Confidencial se le concede un mayor nivel de protección, ya que sólo es accesible para la parte que la presentó, el TDLC y la FNE. Ver el TDLC Auto Acordado 15/2012, op. cit., Arts. 3 y 4.

operación plantea problemas de competencia, la FNE debe iniciar una consulta o un procedimiento contencioso ante el TDLC, a menos que pueda lograr un acuerdo extrajudicial con condiciones para las Partes.

Adicional a las mencionadas disposiciones y procedimientos de la Ley de Competencia, la Guía de la FNE sobre Concentraciones permite un procedimiento informal por la vía rápida ante la FNE, que puede ser solicitado por las Partes antes de la consumación de la operación (ex ante).

Desde la creación de la División de Fusiones y Estudios de la FNE en 2012, la FNE ha investigado 38 operaciones: 35 se abrieron de oficio y tres fueron presentadas por las Partes. Sólo una se sometió a consulta ante el TDLC; y en otra se alcanzó un acuerdo extrajudicial entre la FNE y las Partes, el que fue presentado ante el TDLC para su aprobación.

Un elemento clave de la investigación de la FNE consiste en la posibilidad de lograr acuerdos extrajudiciales.²⁰ Esta facultad no es específica de las concentraciones. La FNE puede utilizarlos en el curso de cualquier investigación, incluidas las investigaciones referentes a cárteles o al abuso de posición dominante. Los acuerdos extrajudiciales se han previsto en el contexto de las operaciones de concentración en que las Partes están de acuerdo con la FNE sobre los riesgos potenciales de una concentración, y en las medidas que deben ser tomadas para salvaguardar la competencia en los mercados.²¹ La ley no prevé qué sucede si el TDLC rechaza un acuerdo.²² La admisibilidad de los acuerdos extrajudiciales relativos a operaciones de concentración ha sido una cuestión muy debatida a nivel del TDLC.

Como resultado, las concentraciones pueden llegar a ser revisadas únicamente por la FNE, o tanto por la FNE como por el TDLC, sucesiva o simultáneamente²³ incluso, dependiendo de quién inicie el procedimiento, cuándo, por qué, y ante qué autoridad.

No hay **plazos** eficaces para el análisis establecido por ley. Ciertas fases del procedimiento están sujetas a los términos legales establecidos en los artículos

²⁰De conformidad con el Artículo 39 (ñ) de la Ley de Competencia, la FNE puede llegar a acuerdos extrajudiciales para preservar la libre competencia en el mercado. Los acuerdos extrajudiciales deben distinguirse de los acuerdos judiciales, que pueden lograrse por la FNE y las Partes como parte de un procedimiento contencioso del TDLC, también sujetos a la aprobación definitiva del TDLC bajo el Artículo 22 de la Ley de Competencia.

²¹El TDLC debe celebrar una sola audiencia dentro de los 5 días hábiles a partir de la presentación del acuerdo, y tomar su decisión definitiva dentro de los 15 días hábiles a partir de la audiencia; la decisión aprueba o rechaza el acuerdo.

²²Dado que el TDLC no puede actuar de oficio, una solicitud de la FNE o un tercero (motivado por el rechazo del TDLC) sería necesaria para abrir un procedimiento del TDLC formal respecto a la operación.

²³Las normas procesales pueden llevar a procedimientos contenciosos o no contenciosos que se presentaron simultáneamente. El Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos, op. cit., aborda este riesgo.

20 al 31 de la Ley de Competencia. En la práctica, la duración de un análisis de concentraciones ante el TDLC varía dependiendo de si es conducido bajo una consulta o un procedimiento contencioso. Las consultas de operaciones de concentración ante el TDLC duran en promedio 263 días naturales (9 meses, aproximadamente),²⁴ mientras que un procedimiento contencioso tiende a ser más largo. Además, cualquier parte puede apelar a ambos tipos de procedimientos ante la Corte Suprema.

En cuanto al análisis de las operaciones de concentración por parte de la FNE, la Guía de la FNE sobre Concentraciones, establece que cerrará su investigación en un plazo máximo de 60 días hábiles a partir de la publicación de la notificación de la operación. La FNE y las Partes pueden acordar conjuntamente una extensión. Este plazo se aplica sólo a las operaciones notificadas voluntariamente por las Partes ex ante.

Revisión Judicial

Conforme a los artículos 27 y 31 de la Ley de Competencia, la **revisión judicial** de las resoluciones y sentencias del TDLC le corresponde a la Corte Suprema, a través del recurso de reclamación. Dicho recurso puede ser presentado por cualquier parte ante el TDLC, dentro de los primeros 10 días hábiles a partir de la notificación de la resolución o sentencia. Así las cosas, existen dos niveles de revisión judicial, uno ante el TDLC y otro en sede de la Corte Suprema. La revisión judicial de la Corte Suprema cuenta con las siguientes particularidades:

El recurso de reclamación no suspende los efectos de la resolución o sentencia del TDLC, a excepción del pago de las multas (de ser el caso). En cuanto a la suspensión de la operación, no existe una norma específica, pero las Partes generalmente son reacias a cerrar un trato estando pendiente la sentencia de la Corte Suprema.

Sólo las resoluciones y sentencias de término del TDLC pueden ser impugnadas ante la Corte Suprema.

La reclamación puede dirigirse a cualquier aspecto de la sentencia o resolución de término, incluyendo las condiciones establecidas en ésta, la decisión misma de aprobación o rechazo, y la sanción. La aprobación, por parte del TDLC, de acuerdos extrajudiciales celebrados entre la FNE y las Partes, puede ser impugnada ante el mismo tribunal, mientras que los acuerdos conciliatorios

²⁴Esta cifra considera la duración promedio de 14 casos de operaciones de concentración analizados por el TDLC bajo procedimientos no contenciosos (consulta).

(judiciales) aprobados por el TDLC pueden ser impugnados ante la Corte Suprema.

La historia de la Ley indica que el recurso de reclamación estaba destinado a ser de carácter administrativo y de alcance más limitado que un recurso ordinario. El recurso de reclamación permitiría a la Corte Suprema examinar la mala aplicación de la ley, y ejercer un margen de discrecionalidad en cuanto a las multas impuestas de acuerdo a la ley, excluyendo la revisión de los hechos.

La Corte Suprema lleva a cabo su revisión a la luz de los principios y normas estipulados en la Ley de Competencia y de la Constitución de Chile.

Hasta ahora, las apelaciones se han centrado, en su mayor parte, al tipo y el alcance de las correcciones impuestas por el TDLC.²⁵

Las decisiones de la FNE no son decisiones judiciales de término, por lo que no están sujetas a una revisión judicial de la Corte Suprema. Al llevar a cabo sus investigaciones, la FNE está sujeta a las obligaciones generales de la administración pública.

Análisis Sustantivo y Condiciones

La legislación chilena no consta de un **estándar sustantivo** o de criterios analíticos que deban ser observados al controlar operaciones de concentración. El estándar sustantivo para el control de concentraciones abarca elementos tanto del índice de dominancia, como el estándar SLC, inclinándose más por este segundo elemento, alineado con el estándar basado en los posibles efectos anticompetitivos del Artículo 3 de la Ley de Competencia.

Como primer paso, tanto la FNE como el TDLC generalmente requieren que se defina el mercado relevante, incluido el producto y el área geográfica. Ambos indicadores, cualitativos y cuantitativos, pueden ser utilizados para definir el mercado relevante. En años recientes, la FNE y el TDLC han cambiado de un enfoque estático a una evaluación más dinámica y prospectiva de los mercados relevantes, favoreciendo el uso de evidencia económica. Sin embargo, la realización de análisis económicos cuantitativos ha demostrado en la práctica ciertas dificultades para la FNE y el TDLC, por las siguientes razones:

²⁵La mitad de las resoluciones sobre concentraciones del TDLC emitidos hasta la fecha fueron sujetos a una revisión judicial, uno contra una decisión de prohibición, y el resto en contra de la decisión de condiciones. Véase el Anexo a este informe para una lista detallada de los fallos del TDLC que fueron sometidos a una revisión judicial.

Las autoridades se enfrentan a la falta de estadísticas públicas suficientes para desarrollar sus análisis. De este modo, deben confiar, en gran medida, en los antecedentes aportados por las Partes.

Las autoridades no cuentan con facultades para obligar a los particulares o interesados, o a compañías de investigación de mercados, a suministrar información.

No existen sanciones específicas para el suministro de información inexacta o falsa.

Así las cosas, sin perjuicio de la importancia de los indicadores cuantitativos, y de que la FNE y el TDLC cuentan con la experiencia suficiente para analizar este tipo de información, las autoridades han basado, hasta ahora, sus análisis de concentraciones principalmente en indicadores cualitativos.²⁶ La FNE y el TDLC también pueden considerar la jurisprudencia nacional y extranjera, encuestas de los consumidores, y la información de la agencia de estadísticas nacional y los reguladores del sector, siempre que ello sea apropiado, y la información esté disponible. La FNE y el TDLC también pueden encargar estudios externos de mercado o contratar economistas expertos externos.

El siguiente paso y la meta última del análisis de la FNE y del TDLC, consiste en evaluar los efectos en la competencia de la operación en el o los mercados relevantes. El Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones menciona someramente que evalúa los efectos esperados de la operación en la estructura y la competencia en los mercados afectados.²⁷

La FNE y el TDLC generalmente comparan los efectos anticompetitivos de las operaciones en contraposición de sus eficiencias pro-competitivas. La jurisprudencia del TDLC revela que puede examinar el impacto de la operación en la eficiencia dinámica, la innovación y el excedente del consumidor.²⁸ Las Partes tienen la obligación de demostrar y cuantificar las eficiencias. En la práctica, dado que las partes no siempre presentan la información necesaria, las eficiencias son evaluadas bajo criterios cualitativos (más que cuantitativos), con

²⁶Contribuciones de Chile al Comité de Competencia de la Mesa Redonda de la OCDE sobre “Definición de Mercado,” op. cit., y sobre “Evidencia Económica en Análisis de Concentraciones,” op. cit. Algunos Informes de la FNE y fallos del TDLC reflejan su disposición a confiar en la evidencia económica para fines del control de concentraciones: ver por ejemplo: TDLC, *D&S/Falabella*, op. cit.; TDLC, *Hoyts Cinemas*, op. cit.; y TDLC, *SMU/SDS*, op. Cit.

²⁷Sección 1, e) del Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones. Ver Parte II, sección 5 sobre el análisis sustantivo más adelante para un comentario en el hecho de que el Auto Acordado del TDLC se refiere a mercado “relevante” y “afectado” sin distinguir entre los dos.

²⁸De acuerdo con la Guía de la FNE sobre Concentraciones, los efectos anticompetitivos pueden ser compensados por el poder de negociación de los clientes, o en su defecto, consideraciones firmes; sólo el poder compensatorio de los clientes ha sido invocado hasta ahora como defensa de las Partes ante el TDLC.

un enfoque centrado en si las eficiencias alegadas son factibles y si éstas son efectivamente traspasables a los consumidores.

En resumen, el análisis sustantivo realizado en Chile se caracteriza por tres factores:

La falta de un sistema legal de normas sustantivas ha dado lugar a un enfoque económico flexible del análisis de concentraciones. Este enfoque económico de los efectos y eficiencias de una operación de concentración ha permitido la ejecución de un control de concentraciones pragmático en el análisis de las operaciones presentadas para su análisis;

En un esfuerzo por mejorar la predictibilidad y transparencia jurídicas, la Guía de la FNE sobre Concentraciones y el Auto Acordado del TDLC sobre concentraciones y sus jurisprudencia proporcionan orientación, aunque no vinculante, en cuanto a las normas, factores e indicadores utilizados para los fines del análisis sustantivo;

Los análisis sustantivos de la FNE y del TDLC son desafiados en la práctica por la falta de información pública disponible, y muchas veces por el carácter insuficiente o poco fiable de la información proporcionada por las Partes.

En cuanto a la naturaleza y el alcance de las condiciones, la Ley de Competencia no hace referencia a los tipos de condiciones que puedan ser impuestas a partir de una consulta, mientras que el Artículo 26 de la Ley de Competencia describe los tipos de condiciones (“medidas”) que pueden ser impuestas tras un proceso contencioso: la modificación o rescisión de un acto o acuerdo que se considera contraria a la Ley de Competencia, y la modificación o disolución de la entidad resultante por un acto o acuerdo ilegal. Una amplia gama de condiciones estructurales y de comportamiento se han impuesto en casos de operaciones horizontales.²⁹ Las condiciones pueden ser impuestas tanto antes como después de la operación,³⁰ y afectar los activos tanto nacionales como extranjeros, aunque la FNE no dispone de los medios adecuados para garantizar la cooperación extranjera sobre las condiciones.

²⁹Cabe destacar los casos de las aerolíneas (*LAN/TAM*, op. cit.), y las industrias de telecomunicaciones (*Radiodifusión*, op. cit.), supermercado (*SMU/SDS*, op. cit.), cine (*Cinemas Hoyts*, op. cit.) y combustible (*Copec/Terpel*, op. cit.). Ninguna operación vertical ha sido analizada por el TDLC desde su creación, en vigor a partir 2004. Al conocer de la operación LAN/TAM la Corte Suprema confirmó que el TDLC no estaba sujeto a ninguna restricción legal en cuanto a las condiciones que está autorizado a imponer para mitigar los riesgos para la competencia resultantes de la operación, ver Corte Suprema 5 de Abril de 2012, Expediente No. 9843-2011.

³⁰Las condiciones se impusieron posteriores a la consumación de las concentraciones en tres casos, el resto fueron impuestas previo a la concentración. Ver el Anexo a este informe para ejemplos más detallados.

Las condiciones impuestas por el TDLC están sujetas a la revisión judicial eventual de la Corte Suprema, en virtud del recurso de reclamación promovido por la FNE o por cualquiera de las partes en el procedimiento.

La FNE es responsable de supervisar el cumplimiento de las condiciones. El TDLC normalmente establece el plazo en el cual tales medidas deben adoptarse. La FNE puede iniciar un procedimiento ante el TDLC por el incumplimiento de dichas condiciones.

Sanciones

La Ley de Competencia prevé multas como sanción a aplicar frente a cualquier violación de la Ley de Competencia, en virtud del Artículo 26 (c).

Las multas pueden imponerse a personas naturales y jurídicas, son de carácter administrativo. El Artículo 26 (c) establece los criterios para determinar la cuantía de la multa, dentro de los que destaca el beneficio económico derivado de la infracción, la gravedad de la conducta ilegal, y la colaboración de las Partes en la investigación.

No existen sanciones específicas para las concentraciones. Las multas previstas en el Artículo 26 (c) sólo pueden ser impuestas en el contexto de operación de concentración tras un procedimiento contencioso, previsto en el Artículo 18 (1), siempre que el TDLC concluya que la operación consumada presenta efectos anticompetitivos, y las sanciones hayan sido solicitadas por la FNE o el demandante.

La Ley de Competencia no establece sanciones periódicas. Como consecuencia, el cumplimiento de las condiciones, ya sean resultado de una consulta o de un procedimiento contencioso ante el TDLC, o por un acuerdo con la FNE, no pueden aumentar periódicamente. El incumplimiento de las condiciones debe someterse ante el TDLC en un procedimiento de infracción por separado para que las sanciones sean impuestas.

La FNE y el TDLC carecen de los medios coercitivos necesarios para obtener información y evidencia útiles de las Partes o de terceros, sean entidades públicas o privadas.³¹

³¹En palabras de la misma FNE, "la FNE ha enfrentado dificultades en la obtención de información de las Partes y terceros. En varias ocasiones se ha opuesto a las solicitudes de información de la FNE y/o retrasado la entrega de la información requerida.

PARTE 2. PROBLEMÁTICAS CLAVE EN EL SISTEMA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES VIGENTE EN CHILE Y RECOMENDACIONES BAJO LAS NORMAS DE LA OCDE Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Según se señaló en la Parte 1 de este informe, se han identificado estas problemáticas tras la evaluación del régimen de control de concentraciones vigente en Chile, así como de la posterior discusión con las autoridades responsables e interesados en el control de concentraciones en Chile.

Las recomendaciones de este informe tienen por objeto proporcionar posibles alternativas para establecer un régimen de control de concentraciones eficaz. La mayor parte de los temas tratados en este informe son interdependientes, y cualquier reforma al sistema de concentraciones debe considerar esta interdependencia para asegurar la coherencia interna del sistema.

Observaciones Preliminares sobre la Percepción y el Objetivo del Control de Concentraciones

Un importante factor subyacente en la evaluación y reforma del control de concentraciones consiste en la percepción de las concentraciones y el control de las mismas.

Hoy en día, existe una percepción en la opinión pública de Chile, entre las autoridades y los responsables de las políticas, de que cada operación es un “caso” a ser resuelto a través de un proceso judicial, ya sea antes o después de su consumación. El régimen de control de concentraciones vigente genera una visión negativa o sospechosa, ya que las concentraciones están sujetas al mismo trato que los acuerdos anticompetitivos y los abusos de posición dominante. También fomenta un enfoque contencioso hacia su análisis, sometiendo dichas operaciones a procedimientos inflexivos, permitiendo a terceros a las operaciones promover procedimientos de análisis, y al limitar la intervención de las Partes en una audiencia judicial en la que todos los intervinientes están presentes, incluidos la FNE y terceros.

Una percepción negativa de las operaciones de concentración y de su sistema de control, con un cargado carácter litigioso, tiene dos consecuencias principales:

En primer lugar, asume el riesgo de no ofrecer la opción de una adecuada discusión de las condiciones con las Partes en los procedimientos de consulta, y

el riesgo de que una alta cantidad de sentencias sea apelada ante la Corte Suprema.

En segundo lugar, puede sesgar y distorsionar, consciente o inconscientemente, la evaluación de futuras propuestas de reforma.

En la mayoría de los países, las principales áreas de aplicación de la ley en materia de competencia son tres, a saber: el control de concentraciones, la prohibición de acuerdos anticompetitivos (principalmente cárteles), y la prohibición de abusos de posición dominante (“monopolización”). Los acuerdos anticompetitivos y los abusos de posición dominante constituyen infracciones a la Ley de Competencia, son perseguidos por las autoridades y pueden generar sanciones contra individuos o entidades responsables. Desde la perspectiva de la política de competencia, la mayoría de las operaciones son en términos de competencia neutrales e incluso, pro-competitivas al fomentar el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Estas concentraciones son legales y la política de competencia no debería eliminar los incentivos de las empresas para efectuar este tipo de operaciones.

Por lo tanto, el punto de partida respecto de las concentraciones y su control debe ser neutral y objetivo. Debe ser así, ya sea que se realice a través de la autoridad de competencia o por el poder judicial. El objetivo principal de la política de control de concentraciones es trazar el límite entre las concentraciones pro o anticompetitivas, identificar los tipos de operaciones más inclinadas a tener efectos anticompetitivos, dar la posibilidad de corregir los problemas de competencia, y asignar con eficiencia los recursos de aplicación de la ley. La aplicación ex post, si la hay, está claramente circunscrita y constituye un último recurso si el mecanismo preventivo ha fallado.

La Ley de Competencia es de derecho y orden público, lo que aplica al interés general. La protección de las dinámicas de competencia, el bienestar del consumidor y la eficiencia económica en general son el objetivo más común de las políticas de competencia. Para ello es necesario evitar el riesgo de que terceros desafíen las concentraciones en cualquier momento, lo que requiere revisiones más automáticas de las operaciones que probablemente despierten preocupación sobre la competencia (por iniciativa de las Partes, o de oficio), y relegar los esquemas litigiosos como último recurso cuando otros mecanismos hayan fallado.

Por último, el control de concentraciones debe ser específico sobre las concentraciones, sobre los hechos y sobre los mercados. Chile es descrito como una economía pequeña con industrias altamente concentradas (con pocos

jugadores). Por lo tanto, el análisis de concentraciones no debe dejarse a la mano de los sesgos negativos del mercado o la industria, ni se debe utilizar como herramienta para regular o corregir fallas en el mercado preexistentes que no son inherentes a la concentración.

En resumen, antes de cualquier reforma al control de concentraciones, el legislador y la autoridad deben estar al tanto de cualquier prejuicio o percepción adversa que pueda distorsionar la buena fe y la apreciación objetiva de las iniciativas de reforma. El objetivo pretendido por cualquier régimen de control de concentraciones debe ser claro, con el fin de adoptar los mecanismos más adecuados, tomando en cuenta el contexto jurídico, institucional y económico de Chile.

Marco Legal

Problemáticas

La primera problemática consiste en la ausencia de un control de concentraciones en la ley. La Ley de Competencia de 1973, con enmiendas, no prevé la posibilidad de un control de concentraciones como tal, ni se refiere a las concentraciones de forma explícita.

Evaluación y Recomendaciones

La ausencia de un marco legal para el control de concentraciones da pie a la inseguridad jurídica para las autoridades, las empresas y, finalmente, para los consumidores y la sociedad en general.

A nivel de las autoridades, la FNE y el TDLC han elaborado el sistema de control de concentraciones vigente mediante normas no vinculantes (soft law), a la luz de las disposiciones generales de la Ley de Competencia. El uso de las normas no vinculantes (soft law) conduce a dos tipos de problemas:

Por un lado, plantea una cuestión de legalidad. En ausencia de disposiciones legislativas explícitas sobre el control de concentraciones, ciertos Autos Acordados del TDLC y la Guía de la FNE pueden considerarse que van más allá de la Ley.¹⁴⁵ Esta Guía y Autos Acordados atienden la necesidad de una eficacia y pragmatismo ausentes en las disposiciones legales formales, pero su legalidad puede cuestionarse en los tribunales.¹⁴⁶

Por otro lado, plantea el riesgo de incompatibilidad. Dado que las normas no vinculantes (soft law) corresponden a dos autoridades diversas (la FNE y el TDLC) existe el riesgo de que adopten distintos caminos normativos, que con el tiempo pueden tornarse conflictivos.

Si Chile desea dotarse de un sistema de control de concentraciones efectivo, eficaz y transparente, debe establecer en la ley un régimen de control formal y vinculante. Esto no significa que todos los aspectos del control de las operaciones de concentración deban estar detallados en la ley. La eficacia y efectividad del sistema pueden requerir que se deje a regulaciones secundarias y a la práctica de las autoridades cierto margen de apreciación y adaptación. Una opción sería entregar a una comisión conjunta de expertos la facultad de dictar normas de control de concentraciones en las que la ley deje espacio para normas no vinculantes (soft law).

En segundo lugar, a nivel de las empresas, la ausencia de un marco legal resulta perjudicial y costosa, tanto para las empresas como para la economía en general. La falta de normas vinculantes claras bajo las cuales las operaciones deban ser analizadas, los plazos del proceso, y las normas sustantivas aplicables, pueden ocasionar que las empresas se vean disuadidas de informar a la FNE o al TDLC sobre su proyecto de concentración. Como resultado, existe toda una gama de posibles operaciones anticompetitivas que pueden escapar del control de concentraciones (“bajo control”). Esto es costoso para una sociedad en la que concentraciones potencialmente pro-competitivas son abandonadas, no pudiendo generar sinergias y eficiencias en beneficio de los consumidores. Con esta acción y debido a la ausencia de normas claras vinculantes, invertirían tiempo y dinero en largos procedimientos de análisis, que pudieran afectar la viabilidad y los beneficios del proyecto de concentración por completo. Tales procedimientos pueden también implicar un desperdicio de los recursos de las empresas y de las autoridades si la concentración notificada es notoriamente no problemática (“sobre control”). Un sistema de notificación claro, procedimientos de análisis eficientes, plazos y normas sustantivas, como se explica más adelante en este informe, pueden evitar en gran medida estos riesgos.

En tercer lugar, a nivel del consumidor, son ellos quienes en última instancia sufren las consecuencias de concentraciones anticompetitivas no analizadas, o el abandono de concentraciones pro-competitivas, y la asignación ineficiente de los recursos de empresas públicas y privadas en procedimientos innecesarios e ineficientes.

Ámbito de Aplicación del Control de Concentraciones

El primer paso necesario en el diseño de un sistema de control de concentraciones es definir cuándo debe evaluarse una operación de concentración. Comúnmente, son tres los pasos para determinar si una operación es sujeta al control de concentraciones: (3.1) la definición de las concentraciones susceptibles de control, (3.2) el establecimiento de un sistema de notificación, y (3.3) la determinación de los umbrales de notificación.

Definición de las concentraciones susceptibles de análisis

Problemáticas

El sistema de control de concentraciones vigente se ha basado, hasta ahora, únicamente en el Artículo 3 de Ley de Competencia, que prohíbe “cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la competencia o que tienda a producir dichos efectos.” Por lo tanto, la Ley de Competencia no incluye una definición de “concentraciones”.

Las concentraciones son definidas, actualmente, tanto en la Guía de la FNE sobre Concentraciones como en el Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones de formas distintas. La Guía de la FNE prevé un enfoque más amplio al definir las concentraciones como “cambios en los incentivos” entre compañías anteriormente independientes, lo que de acuerdo con la FNE también puede incluir alianzas estratégicas (joint venture), intereses minoritarios y la adquisición de una participación minoritaria, directa o indirecta, en la propiedad de un competidor. El Auto Acordado del TDLC vincula la noción de concentración con la de adquisición de “influencia decisiva” sobre una empresa independiente. Ni la práctica de la FNE, ni la jurisprudencia del TDLC ha abordado una definición con más profundidad.

Evaluación y Recomendaciones

La definición de concentración es crucial para establecer un sistema de control de concentraciones transparente, predecible y eficaz. Definir las concentraciones no significa que dichas operaciones serán notificadas y controladas, ya que ello debiera depender de los umbrales de notificación. Tampoco significa que todas las operaciones puedan ser susceptibles de problemas de competencia. Definir las operaciones de concentración

simplemente delimita qué tan amplio puede ser el ámbito de aplicación del sistema de control de operaciones de concentración.

En el contexto de las operaciones de concentración, el Artículo 3 considera como incriminatoria una concentración si es anticompetitiva, pero no señala qué es una operación de concentración. Tanto la FNE y el TDLC han proporcionado cierta orientación en sus respectivas Guías y Autos Acordados para llenar esta ausencia. Sin embargo, estas definiciones no gozan de la fuerza legal de la Ley de Competencia y no son enteramente compatibles entre sí. Los criterios esenciales para identificar qué constituye una operación de concentración deberían ser vinculantes erga omnes y definidos de forma consistente.

Los criterios utilizados alrededor del mundo para definir las concentraciones son diversos y tienden a incluir criterios numéricos objetivos y/o criterios económicos:

Los criterios numéricos objetivos normalmente se basan en el porcentaje de acciones, activos o participación adquiridos en una empresa previamente independiente (el "objetivo"), El nivel del porcentaje también puede variar, dependiendo de si la operación es de naturaleza horizontal, vertical o de conglomerado. El principal riesgo de criterios puramente numéricos es que pueden ser manipulados por las empresas al estructurar las operaciones para caer justo por debajo del porcentaje.

Los criterios económicos son más bien cualitativos y se centran en la influencia corporativa adquirida mediante el objetivo. Los regímenes de control de concentraciones que han adoptado criterios económicos varían tanto en el nivel, como en el tipo de influencia requerida por una operación para ser sujeta al control de concentraciones, por ejemplo, la adquisición de "control," "influencia decisiva" o "influencia significativa competitivamente."

Las concentraciones totales (o "fusiones") y las adquisiciones, por lo general, no plantean dudas sobre si debieran ser analizadas por el control de concentraciones pues introducen un cambio estructural duradero en el mercado. Los criterios de definición de las concentraciones son más bien de uso crítico, para identificar las operaciones en los márgenes, tales como las alianzas estratégicas (joint ventures), adquisiciones, o incluso intereses minoritarios que también pueden merecer atención. Esto requiere que cada país considere la realidad y las características de su economía, industria y las operaciones potencialmente problemáticas.

Una reforma al control de concentraciones representa para Chile una oportunidad de reflexionar y determinar el alcance de la órbita de evaluación

de las operaciones de concentración potencialmente dañinas. Para tal fin, debe encontrar el balance entre el deseo de revisar la totalidad o la mayoría de las operaciones potencialmente dañinas, y la posibilidad de administrar los procesos de análisis a un costo razonable para todos los involucrados. En este sentido, no existe una definición general aplicable a todos los países, sin embargo, los siguientes cuestionamientos y observaciones, pueden ayudar a encontrar el equilibrio en la definición de las operaciones de concentración:

Optar por una definición restrictiva de las concentraciones, por ejemplo, basada en la adquisición de “control” (de jure o de facto), la “influencia decisiva” o participaciones mayoritarias, conlleva el riesgo de errores del tipo II. Para evitar la aplicación insuficiente de la ley, se debe considerar si las operaciones no problemáticas, que no entran en esta definición pudieran, de otra forma, ser absorbidas por otras herramientas alternativas. De no ser así, pudiera ser necesaria una definición de las operaciones de concentración más amplia o normas de competencia adicionales, si se encuentra que dichas operaciones problemáticas merecen atención.

En la definición de las operaciones de concentración, la pregunta central es si las operaciones en el límite son críticas para la política de aplicación de la competencia del país y, de ser así, si deberían caer bajo el control de concentraciones. Tales operaciones incluyen, principalmente, las alianzas estratégicas (joint ventures) y la adquisición de intereses minoritarios o intereses cruzados:

En cuanto a las alianzas estratégicas (joint ventures), los países que han adoptado una definición de las operaciones de concentración más amplia, generalmente no las consideran de manera diferente a una concentración, mientras que los países más restrictivos han adoptado comúnmente criterios específicos.

En cuanto a las adquisiciones de participaciones minoritarias “es bien entendido hoy en día que bajo ciertas condiciones, las participaciones minoritarias pueden tener efectos anticompetitivos”. Ciertos países han decidido someter las adquisiciones minoritarias al control de concentraciones: para tal efecto, han establecido los límites apoyados por criterios numéricos (la adquisición de participación del 25% o menos).³²

³²Brasil, Alemania y Japón están entre los países que han adoptado umbrales numéricos bajos, a veces en combinación con factores adicionales. Por ejemplo, en Japón, el 20% de la adquisición de participaciones puede ser analizado si el adquirente se convierte en el accionista mayoritario.

Las guías también pueden aclarar si el control de concentraciones puede aplicarse a concentraciones horizontales, verticales y de conglomerado bajo los mismos criterios de definición de concentraciones (influencia significativa, por ejemplo). La práctica actual del control de concentraciones de Chile se ha centrado, hasta ahora, principalmente en las operaciones horizontales, es decir, las concentraciones entre competidores.

La determinación de si una operación cumple con la definición de concentración, generalmente aborda un solo acto u operación puntual. Sin embargo, en ciertos casos una empresa puede tomar la decisión de adquirir una empresa objetivo parte por parte, mediante múltiples operaciones pequeñas. Si el fin de tal estrategia es escapar al control de concentraciones o no, el enfoque jurisdiccional debe incluir un factor temporal, es decir, un plazo en el que el control puede ser ejercida sobre operaciones sucesivas si, tomadas como un todo, cumplen con los criterios de una concentración.

No existen estadísticas del número total o promedio ni del tipo de operaciones que tuvieron lugar en Chile. Las concentraciones, y por lo tanto, el control de concentraciones, pueden, aun así, ser ampliamente definidos sin temor a causar demasiados procesos de análisis de concentraciones. La carga de trabajo real depende más bien de los umbrales del sistema de notificación, que determinan las operaciones susceptibles de análisis que serán sometidas al control de concentraciones

Sistema de notificación

Problemáticas

Un problema central que emerge del régimen de control de concentraciones vigente en Chile consiste en su mecanismo de notificación, es decir, el mecanismo por el cual una concentración es traída a la atención de la autoridad para ser analizada y corregida si surgen preocupaciones de competencia. Hay 5 tipos de problemas derivados del mecanismo de notificación existente en Chile.

Primero, no existe un sistema de notificación bajo la ley vigente. Sólo las normas y procedimientos generales de la Ley de Competencia proporcionan bases legales y canales para la notificación de concentraciones.

Segundo, no existe un proceso único de notificación de concentraciones. La notificación de concentraciones puede darse mediante múltiples canales, formal o informalmente, basado en la Ley de Competencia o en las normas no vinculantes (soft law), y ante el TDLC o la FNE.

Tercero, la notificación de concentraciones normalmente es descrita como voluntaria. Sin embargo, una concentración puede ser “notificada” por las Partes bajo el sistema de notificación voluntaria (consulta del TDLC o ante la FNE).

Cuarto, la FNE y el TDLC han adoptado lineamientos y Autos Acordados independientes, respecto de la información a proporcionar por las Partes en su notificación o consulta. No hay un conjunto único de normas sobre cómo debe ser notificada una concentración, ni orientación sobre posibles pre-notificaciones o pre-consultas, ya sea ante la FNE o en el TDLC.³³

Por último, la mayoría de las partes interesadas, incluidos los miembros de la FNE y del TDLC, representantes de las empresas y de los consumidores, y expertos en la Ley de Competencia independientes, tienden a estar de acuerdo en que el llamado sistema de notificación voluntaria actual no funciona. A nivel de la FNE, muy pocas concentraciones fueron notificadas proactivamente por las Partes, principalmente debido a que una revisión de

³³En la práctica, la participación de las Partes regularmente es limitada, ya que la mayoría de los análisis de la FNE se inician de oficio y dado que a nivel del TDLC, incluso cuando una consulta es puesta en marcha por las Partes, se les trata como a cualquier otra parte de un procedimiento de adjudicación del TDLC.

la operación de concentración por la FNE no impide un procedimiento del TDLC en la misma operación.

Evaluación y Recomendaciones

De acuerdo con la Recomendación de la OCDE, la revisión de las concentraciones debe ser efectiva, eficaz y oportuna. El control de concentraciones requiere alguna forma de sistema de notificación que traiga las operaciones a la atención de la autoridad. Para ello, en primer lugar, Chile debe seleccionar un mecanismo de notificación (obligatorio, voluntario o híbrido), y en segundo lugar, establecer las características necesarias para las notificaciones, para que sean efectivas, eficaces y oportunas.

Notificación obligatoria vs. voluntaria. Un tema central a tener en cuenta al definir una política de control de concentraciones es si la notificación de operaciones de concentración debe ser obligatoria, voluntaria o una combinación de ambas. De cualquier forma, deben establecerse criterios claros y objetivos para determinar si una fusión debe ser notificada y cuándo (en un sistema obligatorio), y en qué supuestos una operación califica para su análisis (en un sistema voluntario). La elección de un sistema de notificación puede depender del contexto legal, institucional y económico de cada país. En la reforma de su control de concentraciones, Chile debe determinar si las dificultades actuales de su sistema voluntario serían abordadas de mejor forma si se revisa y mejora el sistema voluntario, o si se introduce en su lugar, un sistema obligatorio o híbrido. Al tomar esa decisión, las siguientes observaciones deben ser consideradas:

Un análisis comparado del control de concentraciones muestra que, sea por razones políticas, económicas o pragmáticas, los sistemas de notificación de concentraciones en el mundo son predominantemente obligatorios.

Históricamente, Chile optó por un sistema voluntario en el supuesto pragmático de que era una economía pequeña con unos pocos jugadores en cada industria, en quienes se podía confiar condujeran una autoevaluación en sus operaciones y se presentaran cuando el control de concentraciones fuera deseable. Además, los avances judiciales revelan que, debido a que el sistema voluntario ha fallado, los análisis de concentraciones se han visto obligados a transitar por canales indirectos, como lo es otorgándole derecho a terceros de someter a análisis operaciones de concentración en las que no son parte, y al imponer la condición de notificación obligatoria en transacciones subsecuentes. El sistema de notificación actual en Chile es, por lo tanto, semi-

voluntario. Cualquier reforma debe considerar que actualmente, las agencias y las Partes recurren a formas indirectas o impredecibles para contrarrestar un sistema de notificación ineficaz y poco claro.

Los sistemas voluntarios por lo general generan tasas de notificación más bajas y tienen bajos costos de aplicación asociados al control de concentraciones. En Chile, sin embargo, las fallas del sistema voluntario actual han supuesto importantes costos de tres tipos: (i) La inseguridad del sistema, incluidos la duración y el riesgo de procedimientos de análisis sucesivos de la FNE, TDLC y/o la Corte Suprema, los que han demostrado ser costosos para todas las partes involucradas, incluidas las Partes, terceros, la FNE y los consumidores afectados; (ii) una parte sustancial de los recursos de la División de Fusiones y Estudios de la FNE se gastan en monitorear la información pública para detectar operaciones, ya sea ex ante o ex post, que puedan requerir análisis, y en recopilar información adicional de las Partes (a menudo reacios), para poder llevar a cabo su investigación de la concentración; (iii) hay un costo inconmensurable a la sociedad respecto de todas las concentraciones potencialmente anticompetitivas que escapan al análisis.

Un sistema de notificación voluntario también se apoya, en gran medida, en el conocimiento de las empresas sobre las normas de control de concentraciones y en su habilidad y disposición para “jugar el juego.” La pregunta es si el mejorar el sistema voluntario actual de Chile, estableciendo, por ejemplo, un régimen de control claro e incrementando la eficacia del proceso, sería suficiente para que el sistema funcione.

La principal preocupación, generalmente asociada con un sistema obligatorio, es que aumentaría el número de notificaciones y los costos de aplicación. Tales costos, sin embargo, dependen básicamente de los umbrales de notificación y de los requerimientos de información, más que de la propia naturaleza obligatoria del sistema como tal. El aumento de recursos para la autoridad puede ser cubierto de varias formas: en primer lugar, al pasar de un sistema voluntario a un sistema obligatorio de notificación puede implicar un cambio en los recursos empleados para el monitoreo y utilizarse para el análisis de notificaciones obligatorias; en segundo lugar, puede imponerse un pago de derechos como parte del sistema de notificación; y en tercer lugar, considerar la posibilidad de un presupuesto extra para la autoridad, cuando sea factible.

A la luz de las ventajas y desventajas de cada sistema de notificación, y dada la experiencia actual de Chile y su panorama económico e institucional, un sistema obligatorio previsto de las condiciones que aseguren su eficacia puede mostrarse más efectivo. Tanto el TDLC como la FNE también han expresado

la opinión de que el control de concentraciones debe ser obligatorio y previo a la operación.

Bajo un sistema de notificación obligatorio, sólo las concentraciones que cumplan con los umbrales de notificación serán sometidas al control de concentraciones. Por debajo de los umbrales, las concentraciones escapan al control de concentraciones y pueden ser consumadas sin aprobación. La mayoría de los regímenes de control de concentraciones alrededor del mundo han adoptado este sistema de notificación obligatorio puro, sobre todo como una cuestión de realismo y eficacia, ya que no todas las concentraciones pueden ser analizadas y porque los umbrales tiene por objeto captar la mayor parte de las concentraciones potencialmente anticompetitivas.

Una alternativa a este sistema obligatorio puro es establecer un sistema de notificación **híbrido**, que consiste, esencialmente, en un sistema obligatorio sobre ciertos umbrales, mientras que abre la posibilidad de analizar ciertas operaciones que no alcancen los umbrales, (i) permitiendo a las Partes la notificación voluntaria de sus concentraciones en la que buscan seguridad para su operación, y (ii) otorgando a la autoridad facultades para analizar de oficio y actuar en contra de las concentraciones que puedan tener problemas de competencia a pesar de ubicarse por debajo de los umbrales. De hecho, unos cuantos países han introducido, o están considerando la posibilidad de que la autoridad exija, excepcionalmente, la notificación de concentraciones, incluso cuando los umbrales de notificación no se cumplan. El sistema híbrido de notificación puede parecer atractivo, pues combina los beneficios de ambos sistemas, obligatorio y voluntario, pero su pertinencia y eficacia dependen de una combinación de factores:

La relevancia y necesidad generales de un sistema híbrido dependen del alcance del ámbito de control (la definición de concentración) y del nivel de los umbrales de notificación. Si las concentraciones se definen ampliamente y los umbrales son altos, un sistema híbrido puede ser útil para captar algunas de las numerosas y diversas operaciones que no alcanzan los umbrales.

Un sistema híbrido también puede resultar especialmente relevante en una jurisdicción en que los umbrales de notificación se establecen por vez primera. Esto permite que las autoridades examinen ciertas concentraciones por debajo de los umbrales, que pudieran ser analizadas, hasta una nueva revisión de los umbrales.

Un sistema híbrido requiere que ambos conjuntos de condiciones sean satisfechos, esto es, las condiciones para un sistema obligatorio por arriba de

los umbrales y las condiciones para un sistema voluntario efectivo por debajo de los umbrales. La viabilidad y eficacia para tal sistema híbrido depende, por lo tanto, en la capacidad del país de sostener este exigente rango de requisitos preliminares.

También puede requerir recursos adicionales. Las Partes realmente notificarán por debajo de los umbrales dependiendo, básicamente, de la eficiencia de detección y uso de las facultades de oficio de la autoridad.

El sistema híbrido no debiera traer de nueva cuenta las fallas del régimen actual de control de concentraciones, especialmente respecto a la inseguridad jurídica. La claridad en las reglas y la coherencia de su aplicación son particularmente importantes para que las empresas autoevalúen si su concentración, incluso por debajo de los umbrales, puedan plantear problemas para la competencia.³⁴

Por último, pero no menos importante, establecer un mecanismo de notificación debe ir de la mano con la mejora del proceso de análisis de concentraciones como una prioridad. A falta de la adopción de un proceso reestructurado y periodos razonables para el análisis, ninguno de los mecanismos de notificación podría funcionar.

Características de la Notificación. Para que el sistema de notificación sea eficaz y predecible, las siguientes características deben ser satisfechas, independientemente de si la notificación es obligatoria, voluntaria o híbrida:³⁵

Una notificación sólo debería ser requerida si existe un “nexo adecuado con la jurisdicción interesada.” Una operación tiene el suficiente nexo local cuando es “posible que tenga un efecto económico significativo, directo e inmediato en la jurisdicción concerniente”.

La ley debe determinar quién puede notificar una concentración. Bajo la ley vigente en Chile, terceras partes pueden someter una concentración para su análisis, ya sea por una acción contenciosa o potencialmente mediante

³⁴Esta también es una condición clave en los sistemas de notificación voluntaria. La diferencia reside en que en un sistema voluntario todos los recursos se gastan en ese tipo de presentación, mientras que bajo un sistema híbrido, los recursos se comparten entre las presentaciones obligatorias y voluntarias.

³⁵Estas características generales se aplican, además, de las condiciones específicas de cada sistema de notificación listado en la tabla anterior.

consulta.³⁶ En caso de falta de notificación, sea voluntaria u obligatoria, por las Partes, sólo la autoridad, que representa y actúa en favor del interés público, debe ser facultada para analizar una concentración (aunque pueda ser a través de la demanda de un tercero).

La ley debe determinar las facultades de oficio de la autoridad. Bajo un sistema obligatorio o híbrido, ¿puede una autoridad abrir de oficio un análisis de concentración por debajo de los umbrales de notificación en contra de una posible operación problemática, y por arriba de los umbrales, en contra de una concentración no notificada? Bajo un sistema voluntario, ¿en qué circunstancias puede la autoridad revisar las concentraciones que puedan plantear problemas para la competencia? La ley debe especificar el alcance de tales facultades y de las circunstancias bajo las cuales las concentraciones pueden, de hecho, plantear problemas y desencadenar un análisis de oficio.³⁷

El momento de las notificaciones es importante si un control de concentraciones pretende ser preventivo y eficaz. En un régimen de concentraciones suspensivo, las Partes pueden ser incentivadas a notificar de inmediato, pero no debe imponerse un plazo para la notificación previa a la operación.

Los requisitos de información deben ser razonables y consistentes con el análisis de concentración efectivo. La información solicitada debe permitir a la autoridad evaluar los efectos en la competencia de la operación notificada. Al mismo tiempo, los requisitos de información deben “evitar la imposición de costos y cargos innecesarios en las partes de la concentración y a terceros”. El conjunto de información que acompaña la notificación debe establecerse claramente, ya sea en la ley o en un formulario de notificación. La entrega de la información requerida es importante, pues activa los plazos para el análisis de las concentraciones. Muchos países de la OCDE han introducido la posibilidad de intercambios, previos a la notificación entre las partes y la autoridad, durante los cuales la necesidad de notificar y el alcance de la información requerida pueden ser discutidos.³⁸ Posterior a la notificación y

³⁶No está enteramente establecido en el TDLC la cuestión referente al inicio de consultas a través de terceras partes.

³⁷Tales facultades de oficio pueden influenciar sustancialmente si las Partes considerarán seriamente notificar su operación en un sistema voluntario o híbrido. En un sistema obligatorio, las facultades de oficio por debajo de los umbrales puede verse como injusto si a las Partes no se les concede la oportunidad de notificar por debajo de los umbrales también.

³⁸Semejantes esfuerzos previos a la notificación no deberían utilizarse, sin embargo, para imponer una carga excesiva o extender el proceso de análisis antes de que la revisión formal de inicio. Los contactos previos

durante el proceso de análisis la autoridad puede seguir requiriendo información a las Partes o a terceros.

Las notificaciones deben ser presentadas únicamente ante la autoridad de competencia. Cuando dos entidades tienen facultades bajo la Ley de Competencia (como la FNE y el TDLC), las normas de control de concentraciones deben aclarar con cuál agencia debe efectuarse la notificación.²⁰⁹

Umbrales de Notificación

Problemáticas

El régimen de control de concentraciones vigente en Chile no contiene umbrales de notificación. Esta ausencia va de la mano con el hecho de que la ley no prevé ningún mecanismo de notificación específico para las concentraciones.

Como ya se ha mencionado, el único punto de referencia para la llamada notificación de concentración voluntaria se encuentra en el Artículo 3 de la Ley de Competencia. Esta disposición es el único criterio legal en virtud del cual las Partes pueden realizar una autoevaluación de su operación y decidir presentar una consulta con el TDLC.³⁹ El Artículo 3 es estándar sustantivo y no ofrece ninguna orientación a las Partes en cuanto a si la operación de concentración debe ser notificada y/o si debe enfrentarse a la autoridad o a terceros bajo el régimen actual de Chile.

La Guía de la FNE sobre Concentraciones prevé umbrales basados en el HHI, que se calcula en función de los niveles de concentración del mercado, por tanto, en la participación de mercado. En la práctica, estos umbrales de la FNE han tenido un impacto muy limitado o nulo en el sistema de control de concentraciones vigente: (i) los umbrales del HHI no son criterios claros y objetivos para la notificación, pues están sujetos al análisis sustancial del mercado relevante; (ii) no tienen efecto legal o vinculante; (iii) sólo son

a la notificación pueden ser notablemente útiles cuando las Partes no están seguras de si su plan de concentración debe notificarse (por ejemplo, las empresas extranjeras) y si pueden calificar para una notificación de formato corto, y por tanto, un procedimiento expedito.

³⁹No se requiere ningún nexo o nivel de actividad en Chile para operaciones extranjeras, salvo por la existencia de un efecto potencial en Chile bajo la disposición general del Artículo 3. Las autoridades y las Partes quedan, por tanto, con la molesta evaluación sustantiva de las concentraciones extranjeras, teniendo el riesgo de sobre-analizar o sub-analizar la aplicación del control de concentraciones.

relevantes para la práctica de la FNE; y (iv) sólo se aplican en concentraciones horizontales.

Evaluación y Recomendaciones

Los umbrales de notificación son un factor primordial en la selección de las operaciones de concentración que serán sometidas al control de concentraciones. El propósito principal de los umbrales de notificación es establecer un nexo suficiente con la jurisdicción y atraer las operaciones que potencialmente generen preocupaciones de competencia.

Esto no significa que todas las operaciones notificadas plantean preocupaciones, sino que, por arriba de los umbrales, pertenecen a una categoría de operaciones que se presume que potencialmente tendrán un impacto en la competencia y, por tanto, requieren de un análisis. El propósito de los umbrales de notificación es activar la notificación.⁴⁰

Por el contrario, bajo un régimen de notificación voluntario, no hay necesidad de establecer umbrales de notificación. El principal detonante de las notificaciones voluntarias consiste en los criterios de una evaluación sustantiva de una operación, que deben ser lo suficientemente claros y objetivos para que las Partes autoevalúen si deben notificar su proyecto de concentración y para que la autoridad pueda actuar de oficio y analizar dichas concentraciones.

Por consiguiente, Chile debe elegir un sistema de notificación obligatorio o híbrido, y debe plantearse seriamente determinar los umbrales de notificación adecuados. Al hacerlo, los siguientes principios y advertencias son relevantes.

Facultad de Análisis y Procedimientos

Problemáticas

⁴⁰Los *umbrales de notificación* se distinguen de los *umbrales sustantivos*: los umbrales sustantivos se examinan en una etapa posterior y pretenden determinar si una operación notificada genera preocupación sobre la competencia, es decir, la finalidad del control de concentraciones (ver más adelante la sección 5 sobre el análisis sustantivo). El propósito de los umbrales sustantivos es, por consiguiente, concluir sobre los efectos competitivos de la operación; estos entran en juego sólo después de actualizarse los umbrales de notificación.

En ausencia de un régimen de control de concentraciones claro y efectivo establecido por ley, la FNE y el TDLC recurren a los procedimientos generales y facultades establecidos en la Ley de Competencia, con el fin de analizar ciertas operaciones y preservar la competencia. El uso de estos procedimientos y facultades en el contexto de operaciones de concentración plantea problemas de legalidad, transparencia, efectividad y eficiencia. Las principales causas de estos problemas son las siguientes:

Procedimiento de análisis no simplificado. La preocupación primordial en el sistema actual de Chile se refiere a la ausencia de un procedimiento de control de concentraciones simplificado y predecible:

El control de concentraciones se enfrenta a una multiplicidad de posibles procedimientos. Además de la multiplicidad de los procedimientos disponibles, la misma operación puede, de hecho, ser sometida a varios de ellos, simultánea o sucesivamente.⁴¹

No existe un procedimiento distinto o expedito para analizar las operaciones no problemáticas. Todas las concentraciones son potencialmente sujetas a los mismos procedimientos generales.

Ciertos procedimientos tienen bases legales cuestionables, como resultado de una combinación de procedimientos formales generales del TDLC (establecidos por la ley) y la Guía informal de la FNE. Las partes interesadas tienen que lidiar con normas vinculantes que no son específicas para las concentraciones y que se muestran, con frecuencia, inflexibles e inadecuadas en un contexto de operaciones de concentración, y con guías específicas para las concentraciones no vinculantes que no ofrecen la seguridad jurídica necesaria.

La disponibilidad de procedimientos voluntarios ex post para los fines de control de concentraciones puede tener efectos contraproducentes. El efecto suspensivo de (largas) consultas ex ante y la disponibilidad de un

⁴¹Un análisis de concentraciones de la FNE presentado bajo sus Guías no impide la presentación, simultánea o subsecuente, de la concentración para el análisis del TDLC. A nivel del TDLC, incluso existe un riesgo de que ambas, consultas y procedimientos contenciosos, sean presentados. Cómo estos dos procedimientos deben ser articulados se aborda en el Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos, op. cit., dando mayor prioridad a la consulta, a menos que el procedimiento contencioso sea posterior a la consumación de la concentración, en cuyo caso, el procedimiento contencioso tiene prioridad. Véase la Parte I de este informe para mayores detalles sobre la articulación de los procedimientos paralelos del TDLC bajo este Auto.

procedimiento ex post genera incentivos a las partes para realizar la operación y después consultar, sin importar los riesgos de condiciones retroactivas, “Mejor pedir perdón que pedir permiso.”

No hay un procedimiento específico de imposición de condiciones. Las condiciones, impuestas en el contexto del control de concentraciones de Chile también enfrentan una multiplicidad de procedimientos. Las condiciones pueden ser impuestas en virtud de un acuerdo extrajudicial entre la FNE y las Partes, sometido a la aprobación del TDLC, por conciliación judicial entre la FNE y las Partes ante el TDLC en un proceso contencioso, o por resolución o sentencia del TDLC posterior a una consulta o a un procedimiento contencioso.

No hay plazos para el proceso de análisis. El plazo dentro del cual las concentraciones son analizadas en Chile no es ni determinable, ni razonable:⁴²

Como se muestra en el Anexo de este informe, un procedimiento de análisis de concentraciones ante el TDLC dura en promedio 263 días naturales (aprox. 9 meses) oscilando entre 98 y 520 días.⁴³ La Ley de Competencia establece algunos plazos procesales, pero no suelen ser respetados por el TDLC en la práctica. La ausencia de periodos de análisis de concentraciones y lo extenso del proceso de análisis han representado el más fuerte desincentivo de las Partes para notificar una concentración.

Ante la FNE, las Partes pueden beneficiarse de un proceso de análisis de 60 días bajo la Guía de la FNE sobre Concentraciones. Sin embargo, este procedimiento se establece en un cuerpo normativo que no es vinculante, carece de efectos suspensivos, no impide procedimientos de análisis del TDLC simultáneos o subsecuentes, y el cierre del análisis realizado por la FNE no equivale a una aprobación formal. En otras palabras, las Partes que voluntariamente notifican la operación a la FNE corren el riesgo de enfrentarse a dos o tres procedimientos de análisis: ante la FNE, el TDLC y la Corte Suprema.⁴⁴

⁴²El Informe de la Comisión Asesora sobre una posible reforma a la Ley de Competencia de Chile, op. cit., de manera similar observó que un “procedimiento de consulta puede tardar hasta un año, lo que parece excesivo”.

⁴³Teniendo en cuenta los procedimientos de análisis de concentraciones por consulta y acción contenciosa.

⁴⁴Esto sucedió, por ejemplo, en el caso LAN/TAM, en el que las negociaciones de acuerdo con la FNE posteriores a la notificación voluntaria de las Partes, no impidió la

No hay procesos colaborativos. La participación de las Partes en el proceso de análisis en el TDLC se limita a su presentación por escrito, seguida de una sola audiencia oral con las partes interesadas. No hay lugar para la discusión entre las partes y el TDLC: no hay proceso previo a la notificación, no hay oportunidad de consultar al TDLC en etapas claves del proceso de análisis, no hay reuniones para evaluar el estado del proceso, no hay una comunicación antes de la resolución de término o sentencia definitiva del TDLC sobre sus preocupaciones frente a la operación, tampoco existe una audiencia específica en las que se discutan las eventuales condiciones, de existir estas. El TDLC es y actúa como un órgano judicial con facultades decisorias, incluso en el contexto de operaciones de concentración. La ausencia de un proceso colaborativo con las Partes y la resolución unilateral impuesta en virtud de una sentencia del TDLC explica, en cierta medida, por qué la mitad de las sentencias del TDLC sobre concentraciones fueron impugnadas mediante recurso de reclamación ante la Corte Suprema. Por el contrario, la Guía de la FNE sobre Concentraciones comprende un proceso de análisis colaborativo que involucra a las Partes.

Derechos excesivos de terceros. En Chile, las concentraciones pueden ser expuestas por la acción oportunista de terceras partes, ya que el TDLC ha interpretado el artículo 18 (2) de la Ley de Competencia en el sentido de que los terceros con interés legítimo pueden interponer procedimientos de consulta.⁴⁵ Sin embargo, un interés privado legítimo no es de interés general, ni está dirigido a la preservación de la competencia.⁴⁶ Además, concede a terceras partes la facultad de suspender un proyecto de concentración, a su entera discreción, ya que una consulta *ex ante* tiene efectos suspensivos sin importar quién presente el procedimiento. A los terceros admitidos al procedimiento del TDLC también se les concede el derecho a impugnar la

acción de terceros ante el TDLC. Esta acción de terceras partes provocó un procedimiento de 8 meses con el TDLC, seguido por otros 6 meses en la Corte Suprema por la correspondiente reclamación.

⁴⁵Dependiendo de la composición del TDLC, sin embargo, apoyarse en el Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia puede interpretarse de manera restrictiva. Los terceros también pueden impugnar las concentraciones *ex post* mediante un procedimiento contencioso bajo el Artículo 18 (1). A la fecha, el único procedimiento contencioso presentado en contra de una concentración fue iniciado por la FNE (cine Hoyts).

⁴⁶El riesgo de acciones oportunistas de terceras partes en el contexto de un análisis de una concentración también se destacó en el Reporte de la Comisión Asesora sobre una posible reforma a la Ley de Competencia de Chile.

sentencia del TDLC ante la Corte Suprema, lo que puede retrasar aún más el proceso.

Proceso de investigación opaco. La transparencia y el derecho de terceras partes de ser escuchados son limitados en los procedimientos que lleva adelante la FNE. La apertura de una investigación por la FNE es publicada (lo que permite a terceros comentar su publicación). Sin embargo, cuando la FNE concluye que existen problemas de competencia y decide celebrar acuerdos con las partes los terceros no siempre son informados, ni invitados a comentar sobre tales cuestiones y sus posibles condiciones.

Falta de herramientas de investigación. Tanto de la FNE como del TDLC carecen de los medios para obligar a las Partes y a terceros a la provisión oportuna de información precisa y completa. Esta debilidad puede poner en peligro la eficacia y precisión del proceso de análisis de concentraciones.

Evaluación y Recomendaciones

Los procedimientos de control deben asegurar que las concentraciones sean analizadas de manera eficaz, efectiva, predecible y oportuna en todas las etapas del proceso de análisis. Las normas procesales aplicables al análisis de concentraciones deben ser transparentes y disponibles al público. Chile podría considerar los siguientes principios procesales para mejorar sus facultades y procedimientos de análisis de concentraciones:

Procedimiento de dos etapas. No todas las concentraciones notificables merecen análisis extensivo. La mayoría de las concentraciones no plantean problemas de competencia, o pueden plantear problemas que fácilmente se resuelven mediante la imposición de condiciones. Un procedimiento de análisis y aprobación expeditos debe estar disponible para hacer frente a concentraciones no problemáticas.⁴⁷ Es por ello que la mayoría de los países contemplan procedimientos de control de concentraciones de dos etapas: una fase inicial (Fase I), que permite el pronto análisis y aprobación -

⁴⁷Recomendación sobre Concentraciones de la OCDE, Artículo I.A.1.2.iv. Un procedimiento expedito puede aplicarse, sobre todo cuando la ley de control de concentraciones o la Guía indican que, por debajo de ciertos umbrales sustantivos (es decir, puerto seguro *de minimis*), normalmente los umbrales de participación de mercado, una concentración se presume que no plantea preocupación. Para más detalles, véase más abajo, en la sección 5 sobre análisis sustantivo.

con o sin condiciones - de concentraciones claras y que no revisten mayores problemas; y una segunda fase ampliada (Fase II), que permite el análisis total de las concentraciones complejas o que presentan dificultades que puedan dar lugar a una condición, o incluso a la prohibición de la concentración cuando los problemas de competencia no puedan ser resueltos.

Bajo el sistema actual, la ausencia de un proceso de análisis específico de concentraciones y la coexistencia de varios procedimientos aplicables ha llevado a la ineficacia e incertidumbre. Si tanto la FNE como el TDLC mantendrán la competencia en el campo del control de concentraciones, y considerando que el análisis de las concentraciones se lleva a cabo ex ante, como se recomienda bajo un sistema de notificación previo, el procedimiento de análisis puede consistir en una de las siguientes opciones:

Opción 1 - Fase I ante la FNE y Fase II ante el TDLC:

La **Opción 1** permite la intervención de la FNE como un primer filtro en el proceso de análisis de concentraciones, e involucra al TDLC para concentraciones más complejas o problemáticas que requieren un análisis más a fondo. La opción de involucrar primero a la FNE, y luego al TDLC en una segunda etapa del proceso de análisis se encuentra en línea con los cambios propuestos por el mismo TDLC en su Informe Anual del 2013. Por otro lado, bajo esta Opción 1, se plantea la cuestión de si el TDLC, tal como está estructurado actualmente, está bien equipado para manejar eficazmente la Fase II, la que implica una investigación de mercado profunda. El TDLC actualmente se apoya, en gran medida, en las investigaciones y conclusiones de la FNE, y se pronuncia sobre las concentraciones de una forma unilateral y adjudicativa, mientras que una Fase II requiere fuertes facultades de investigación y la capacidad de actuar como una instancia de control administrativa. El TDLC requiriera la participación de la FNE en la Fase II, pudiera ser fuente de redundancias, retrasos e ineficacias en el proceso de análisis de concentraciones. Además, el TDLC suele manejar las concentraciones como una corte adjudicativa, en tanto que el control de concentraciones requiere un proceso abierto y colaborativo e interacción sustancial con las Partes e interesados en los mercados afectados, especialmente en la Fase II.

Opción 2

La **Opción 2** prevé un procedimiento de análisis simplificado con una autoridad principal, la FNE, que puede determinar la necesidad de un análisis de fondo y conducir tal revisión extendida para establecer con más certeza si la concentración, preliminarmente examinada en la Fase I, plantea problemas de competencia. La Opción 2 permite la intervención del TDLC cuando surjan controversias. Cristaliza la facultad de toma de decisiones administrativas con la FNE, al tiempo que garantiza la revisión judicial del TDLC mediante una impugnación pues es altamente especializado y competente en el análisis de controversias bajo la Ley de Competencia. Por tanto, esta opción puede proporcionar una mayor efectividad, puntualidad y eficiencia en el proceso de análisis de concentraciones.

Equidad y transparencia procesales. “La equidad procesal debe ser un atributo básico de todos los procesos de análisis de concentraciones”. Los procedimientos de control de concentraciones deben garantizar que “los análisis de concentraciones sean manejados de una manera justa, eficiente y consistente, tanto procesal, como sustantivamente,” lo que requiere las condiciones fundamentales que a continuación se señalan:

Plazos de análisis: Los análisis de concentraciones deben realizarse dentro de un periodo de tiempo razonable y determinable. El periodo de análisis debe conceder tiempo suficiente a la autoridad para conducir su análisis, mientras que al mismo tiempo, debe evitar demoras indebidas, ya que la mayoría de las concentraciones son sensibles al tiempo, y no todas necesitan un análisis de fondo. La duración de los procedimientos actuales de Chile es indeterminable.

Derechos de las Partes: La consulta y los procedimientos contenciosos de la Ley de Competencia son inflexibles e inadecuados para los fines del control de concentraciones. Esto afecta la eficacia del proceso de análisis, la recolección de información relevante, la discusión de posibles problemas y las condiciones contempladas.

Derechos de Terceros: Los procedimientos actuales en Chile dejan espacio para las acciones oportunistas de terceras partes. Bajo un sistema de control ex ante efectivo, sólo las Partes deberían estar facultadas para iniciar un proceso de análisis de concentraciones mediante una notificación o la autoridad mediante su facultad de oficio. Los derechos de las terceras partes deberían ser

limitados a expresar sus opiniones sobre una operación bajo análisis, y a informar a la autoridad de cualquier operación de concentración notificable que no fue notificada.

Transparencia: La transparencia general en el proceso juega un papel clave para garantizar la consistencia, previsibilidad y equidad en el proceso de análisis. Por tanto, la ley debe poner a disposición del público, de manera oportuna, todas las normas, guías, decisiones y material relevante para el análisis de concentraciones.

Confidencialidad. La necesidad de procedimientos justos y transparentes debe ser equilibrada con la necesidad de proteger la información confidencial y privilegiada, recibida en cualquier etapa del proceso de análisis. Este equilibrio debe ejercerse al exigir a la autoridad que publique, en etapas clave del proceso de análisis, las versiones públicas de sus principales conclusiones para permitir el escrutinio público y la reacción de terceras partes.

Temporalidad y alcance de la facultad de análisis de concentraciones.

Surgen dos preguntas clave que deben ser abordadas como parte de una política de análisis de concentraciones, a saber: en primer lugar, ¿puede abrirse un proceso de análisis de concentración a operaciones no notificables (sobre las que no están obligadas a notificarse)?⁴⁸ En segundo lugar, ¿puede el control de concentraciones también llevarse a cabo posterior a la consumación (ex post)?

Ya sea en sistemas de notificación obligatoria, voluntaria o híbrida, las operaciones no notificables pueden, bajo ciertas circunstancias, plantear problemas de competencia. La política de control de concentraciones debe aclarar si estas operaciones pueden, de cualquier forma, ser analizadas de oficio.

También debe emitirse una política respecto al tiempo en que prescribe la facultad de análisis de las operaciones: en otras palabras, ¿hasta cuándo un proceso de análisis de concentraciones puede llevarse a cabo, y en particular, ¿pueden ejercerse las facultades de análisis después de la consumación?

⁴⁸Ya sea porque caen por debajo de los umbrales de notificación en un sistema de notificación obligatoria, o porque las Partes concluyen que la notificación no es necesaria en un sistema de notificación voluntaria.

Análisis Sustantivo de Concentraciones

Problemáticas

El estándar sustantivo adoptado por la FNE y el TDLC para los fines del control de concentraciones no es un problema en sí mismo, ya que tanto la FNE como el TDLC ha desarrollado un estándar basado en el efecto, más cercano al estándar SLC que al de dominancia, generalmente considerando los efectos unilaterales y coordinados de la concentración en los mercados relevantes, y tomando en cuenta las eficiencias, cuando las hay. Los siguientes aspectos, sin embargo, debilitan la aplicación efectiva del estándar SLC:

Falta de bases jurídicas y orientación: La ley de Chile no se pronuncia sobre el estándar sustantivo aplicable a las concentraciones. En ausencia de una definición legal y específica en materia de operaciones de concentración, la FNE y el TDLC sólo pueden apoyarse en el Artículo 3 de la Ley de Competencia (“pueda tender a efectos anticompetitivos”).

No hay un puerto seguro sustantivo: En primer lugar, no existe un puerto seguro transparente y predecible (norma de minimis), tal como las referencias de participación de mercado, provistas por la ley de concentraciones de Chile o la práctica del TDLC.

Falta de poder de recolección de información: Ambas autoridades reconocen que la recolección de información relevante es un desafío en la práctica, en especial de información cuantitativa confiable, para conducir un análisis sustantivo. La FNE y el TDLC carecen de facultades efectivas para obligar a las Partes o a terceros, incluidos los expertos, a responder, de forma completa y precisa, a las solicitudes de información.

Evaluación y Recomendaciones

El propósito de un análisis de concentraciones sustantivo es “identificar y prevenir o remediar solamente las concentraciones que pueden dañar significativamente la competencia.” Las siguientes mejoras deben considerarse en la elaboración del estándar sustantivo para determinar el impacto de las concentraciones en la competencia:

Si bien el estándar SLC está alineado con la mayoría de los países, el estándar sustantivo para el control de concentraciones debe establecerse por la ley, para que las empresas puedan determinar con certeza suficiente cómo la autoridad evaluará los efectos de la concentración. Dicha orientación debe ser mejor establecida a través de guías o avisos, o incluso en notas explicativas en el formulario de notificación.⁴⁹

Ciertas concentraciones están sujetas a la notificación a pesar del hecho de que no plantean problemas de competencia. En tales casos, el análisis y aprobación expeditos deberían estar disponibles, junto con un proceso y formulario simplificados. La posibilidad de una notificación de formato corto está disponible en la mayoría de los países miembros de la OCDE. Para tal fin, las normas sustantivas de Chile podrían incluir umbrales de *minimis*, también conocido como umbral sustantivo de puerto seguro, debajo del cual, una concentración califica para su aprobación por la vía rápida. Dicho puerto seguro normalmente se basa en la participación de mercado o en los niveles de concentración de mercado.⁵⁰

La mayoría de los países llevan a cabo su análisis sustantivo a la luz de varios factores –incluyendo a menudo una fuerte dependencia en la participación de mercado y los niveles de concentración de mercado. Para ello, el estándar del monopolista hipotético o estándar “SSNIP,” es ampliamente reconocido como un estándar adecuado para delimitar los mercados relevantes. Debe proporcionarse orientación clara y coherente sobre cómo se definen los productos y mercados geográficos relevantes.⁵¹

La autoridad de competencia debe estar en condiciones de evaluar sustantivamente la operación de concentración con base en la información en

⁴⁹Como se mencionó antes, si tanto la FNE como el TDLC ejercen facultades de análisis de concentraciones, la ley puede fomentar o imponer que se adopte un conjunto común de guías a fin de evitar discrepancias en el análisis sustantivo de una y la misma operación en varias etapas del proceso de análisis.

⁵⁰Prácticas Sustantivas de la RICE, Artículo III.B. Se debe proporcionar criterios de *minimis* no sólo para las concentraciones horizontales (por ejemplo, la participación de mercado combinada después de la consumación de la concentración y los diferenciales de participación de mercado en mercados relacionados), sino también para operaciones verticales y de conglomerado (por ejemplo, participación de mercado en mercados relacionados verticalmente o en mercados complementarios o no relacionados).

⁵¹Además, ciertas jurisdicciones distinguen entre mercado “relevante” y “afectado” para fines del análisis de concentraciones sustantivo: los mercados afectados son mercados relevantes en los cuales las participaciones de mercado de las Partes exceden un cierto nivel. Los mercados afectados relevantes generalmente provocan un análisis sustantivo completo, mientras que los mercados no afectados relevantes pueden calificar para *de minimis*, como se explica arriba, y beneficiarse de un análisis expedito. Bajo el Auto Acordado del TDLC sobre concentraciones ambos términos, relevante y afectado, se utilizan pero sin distinción entre ellos

el formulario de notificación. El formulario de notificación debe especificar clara y objetivamente el tipo de información requerida para una evaluación sustantiva; el nivel de información requerido puede variar entre mercados relevantes afectados y no afectados.

Finalmente, no hay razón para tener un régimen de control de concentraciones legal, procedimientos organizados, facultades de análisis mejoradas y un estándar sustantivo claro, si la autoridad no puede tener acceso a información confiable para conducir el análisis sustantivo. La OCDE recomienda que el gobierno “asegure que el proceso de análisis permita a [sus] autoridades de competencia obtener información suficiente para evaluar los efectos competitivos de una concentración.”

Sanciones y Herramientas de Aplicación

Problemáticas

La Ley de Competencia sólo prevé las sanciones en contra de actos, hechos y acuerdos anticompetitivos. Tales sanciones, establecidas en el Artículo 26 de la Ley de Competencia, sólo pueden ser solicitadas e impuestas en un procedimiento contencioso, por lo que rara vez es usado en el contexto de operaciones de concentración.⁵² Actualmente, sólo existe un delito punible con prisión en contra de la obstrucción de la investigación de la FNE, el que debe ser conocido en sede penal.

Evaluación y Recomendaciones

Las sanciones en contra de violaciones a las normas y sentencias del control de concentraciones representan un elemento fuertemente disuasivo del incumplimiento, y constituyen una gran señal para el público, incluidas las Parte y terceros, de que las normas de las concentraciones son efectivas y ejecutables.

⁵²La mayoría de los análisis se conducen en Chile mediante el procedimiento de análisis de la FNE o el procedimiento de consulta del TDLC, ninguno de los cuales permite sanciones previstas por el Artículo 26 (c) de la Ley de Competencia.

Una reforma al régimen de control de concentraciones debe, por lo tanto, establecer un marco de sanciones y herramientas de aplicación en los siguientes términos:

Falta de notificación de una operación notificable (especialmente en sistemas de notificación obligatorios o híbridos): la autoridad debe estar facultada para imponer una multa o una pena periódica por no haber notificado.

Consumación de una operación bajo análisis (“gun jumping”): La ley puede imponer una multa para sancionar el incumplimiento de los plazos de espera por las Partes, es decir, la violación de un efecto suspensivo del proceso de análisis de concentraciones. Una sanción en contra del gun jumping posibilita preservar la eficacia del proceso de análisis, y no prejuzga la concentración como tal.⁵³

Obstrucción de la recopilación de la información y proceso de análisis: Las empresas y los individuos, incluyendo a las Partes y terceros, ya sean personas o entidades privadas o públicas, deben responder adecuada y puntualmente a las solicitudes de información de las autoridades. La falta de respuesta y las respuestas incompletas, imprecisas o engañosas pueden ser sancionadas con multas pecuniarias, incluyendo la posibilidad de sanciones periódicas hasta que el obligado cumpla.

Incumplimiento de las condiciones: Se imponen condiciones cuando se considera que una operación de concentración puede dar lugar a efectos anticompetitivos en la ausencia de dichas condiciones. La ley debe establecer mecanismos de vigilancia y facultar a la autoridad para sancionar el incumplimiento de las condiciones, incluida la posibilidad de penas periódicas hasta su debido cumplimiento.

Conclusión

Este informe ha analizado los principales problemas derivados del sistema de control de concentraciones actual de Chile, y proporciona recomendaciones para su mejora a la luz de las recomendaciones de la OCDE y de las mejores prácticas internacionales.

Estas reformas permitirían a las operaciones de concentración ser seleccionadas, notificadas y analizadas de manera oportuna, eficaz y predecible, para beneficio de los consumidores y la eficiencia económica. El

⁵³En varias jurisdicciones, como las de Francia, Japón y la Unión Europea, la sanción por “gun jumping” es la misma que por la falta de notificación.

objetivo del control de concentraciones es evaluar el impacto de las concentraciones en la competencia. Para ello, una reforma al control de concentraciones debe incluir un estándar sustantivo claro, bajo el cual el impacto en la competencia de las concentraciones debiera ser evaluado. Una reforma debe considerar, también, la introducción de sanciones apropiadas que garanticen que las normas y procedimientos del control de concentraciones sean efectivos.

Las Concentraciones Económicas en la Unión Europea y su regulación

1. Introducción

La historia normativa de las Concentraciones de Empresas en la Unión Europea⁵⁴ tendría que tener un apartado propio de estudio; ello por diversos motivos.

- a) Su construcción histórica a nivel normativo obedece a una realidad social y económica distinta a la nuestra.
- b) Sus experiencias y problemáticas obedecen a un Mercado Interior (Único)⁵⁵ con más de 20 años de desarrollo legislativo.
- c) Sus procesos de revisión y adaptación se dan a través de la fluida experiencia que obtienen de este fenómeno económico, que por su coyuntura política, se dan de forma rutinaria y a gran escala.

Pese a que hay muchos otros considerandos, los mencionados tratan de darnos un indicio de la magnitud de temas que se deben abarcar para su total y real explicación; por tal motivo con una breve indicación de la construcción histórica, se brindará las herramientas de análisis y comparación con mención a sus innovaciones regulatorias.

2. Consideraciones

El sistema económico de la Unión Europea, es de libre mercado, considerado como el modelo que brinda una organización más eficaz que otras y permite perse la estimulación de la actividad económica, lo que redundaría en una mayor libertad de acción en las operaciones empresariales y redundaría en beneficio efectivo de los consumidores.

⁵⁴ En adelante, UE.

⁵⁵ En adelante, podemos nombrarla Mercado Común o Mercado Interior a efectos de una mayor coherencia dentro del tema desarrollado.

Por otra parte, esto se complementa con la política de competencia que se ha establecido en la UE, donde el control de las concentraciones empresariales es, como se ha mencionado anteriormente, un fenómeno habitual que se produce a nivel de su Mercado Común.

3. Desarrollo histórico

Al instituirse la Comunidad Económica Europea, mediante el Tratado de Roma, no se consideró como parte de la normativa inicial regulación alguna sobre la situación jurídica de las Concentraciones Empresariales.

Es importante precisar que el referido tratado constitutivo, en 1957, no contenía unanorma propia sobre el particular, debido a una omisión voluntaria, la razón de este vacío normativo tenía la misiva de permitir una reestructuración y concentración de las empresas de los Estados Miembros.

Estas operaciones iniciales permitirían preparar y fortalecer a las empresas del Mercado Único con la debida antelación, ello porque eran conscientes que tendrían que enfrentar la competencia de terceros países, no cabe duda, que estuvo plenamente dirigido a soportar la embestida de los grupos económicos estadounidenses.

Como era comprensible, esta omisión normativa tuvo un punto de inflexión, ello a partir de la identificación que en ciertos mercados las concentraciones podrían producir modificaciones irreversibles a nivel estructural; estos riesgos no podían ser tomados en la medida que el Mercado Interior debía funcionar sin concentraciones excesivas o los principios propios pro consumidor que defendían, serían incoherentes con esta política de concentraciones que se estaba suscitando.

Ante ello se reaccionó con la elaboración de un Memorándum en 1965, el cual tenía el propósito de defender por sobretodo a la competencia, usando una norma ya existente sobre el abuso de posición dominante de las empresas en el mercado; esto devino en una fórmula de actuación sencilla; quién(es) tuviera(n) una posición dominante en el mercado estaba(n) prohibida(s) de iniciar concentraciones empresariales⁵⁶.

⁵⁶ La norma en mención fue el artículo 102 TFUE (ex artículo 82 TCEE), "Será incompatible con el mercado interior 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 interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

Sin embargo, esa actuación sencilla no era la real solución al problema puesto que la naturaleza de la norma en mención no tenía la base normativa propia de las concentraciones, ergo, sus limitaciones eran preocupantes por demás.

Una rápida lectura de la norma permitirá identificar que el control estaba limitado para aquellas empresas que ya tenían una posición dominante, asimismo, el control era ex post operación y no contemplaba la situación de oligopolio, por ello la Comisión⁵⁷, tras la interpretación de la norma fue contundente al indicar que esta no podía ser aplicada para regular las concentraciones.

Es a través de las sentencias “Continental Can”⁵⁸ y “Phillip Morris”⁵⁹ que evidencia la necesidad de tener una normativa en concreto para las concentraciones, este es el verdadero punto de inflexión que ha permitido el desarrollo de la normativa técnica para las concentraciones y sus posteriores modificaciones.

4. Consolidación normativa

Como era lógico, la normativa propuesta se desarrolló bajo un marco de constante revisión y consulta, siendo presentada al Consejo de Mercado Interior la primera propuesta de Reglamento en 1973⁶⁰, elaborada por la Comisión.

No es sino hasta 1989 que finalmente se pudo presentar el primer Reglamento de Control de las Operaciones de Concentraciones entre Empresas, conocido como Reglamento n. 4064/1989, el mismo que en sus breves 25 artículos, introduce como novedad el “Control Único” de la Comisión, que implanta como método de evaluación el “Test de Dominio”⁶¹.

-
- Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
 - Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
 - Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
 - 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.”

⁵⁷ Comisión Europea mediante su Dirección General de Competencia

⁵⁸Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. Contra Comisión de las Comunidades Europeas.

⁵⁹ Phillip Morris Holand contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

⁶⁰ CEE del Consejo, OJ, 1973.

⁶¹ Dominante Test, siendo modificado y superado luego por el Significant Impediment to Effective Competition (SIEC). Su método de análisis es determinar la eficiencia empresarial respecto de su poder de mercado y su probable conducta post fusión.

Mediante la aplicación de este método se buscaba identificar aquellas concentraciones que creaban o reforzaban posiciones de dominio capaces de obstaculizar de manera efectiva la competencia en el Mercado Interior, a ello se sumaba la obligación de la notificación previa a la Comisión; esto significaba que antes de que se genere la operación de concentración había necesaria y obligatoriamente un control ex ante.

En 1997 comenzó una ola de reformas cuya mayor y mejor expresión fue el Libro Verde⁶² sobre la revisión del Reglamento de Concentraciones, tanto en el 2001⁶³ como iniciativa, como en su resultado final, el Reglamento CE n. 139/2004⁶⁴.

Con ello se instauró un nuevo test sustantivo para la evaluación de la compatibilidad con el Mercado Interior de las Concentraciones⁶⁵; la notificación previa como elemento condicional de autorización⁶⁶; la habilitación de una Ventanilla Única para la mejor concentración de operaciones⁶⁷ y el incremento en el importe de las multas⁶⁸.

5. Últimas modificatorias

Con fecha 5 de diciembre de 2013, la Comisión aprobó el Reglamento de ejecución 1269/2013, el cual modifica al Reglamento n. 802/2004, el propósito de esta nueva modificación es simplificar el trámite de determinadas operaciones de concentraciones.

⁶² Los Libros Verdes constituyen instrumentos de debate tanto para la Comisión como para las partes interesadas en formular contribuciones.

⁶³ En esencia se abarcan cuestiones de fondo, de jurisdicción y de procedimiento, todo ello analizado de manera simultánea.

⁶⁴ Reglamento del 20 de enero de 2004 sobre el Control de las Concentraciones entre empresas, "Reglamento Comunitario de Concentraciones".

⁶⁵ Se importa el Test de Reducción Sustancial de la Competencia aplicado en Estados Unidos, es conocido como Substantial Lessening of Competition (SLC); es un test objetivo que examina la situación de competencia antes y después de la concentración. En palabras de María del Rosario Quiroga en su libro *La concentración de empresas y la libre competencia "...valorar si va a producir un deterioro sustancial de la competencia efectiva en los mercados relevantes analizados..."*. Según este criterio, se declaran incompatibles con el Mercado Interior aquellas concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el Mercado Interior o en una parte sustancial del mismo, sin necesidad de que se cree o refuerce una posición de dominio.

⁶⁶ La operación iniciada debe ser suspendida puesto que el análisis de es condicionante de la autorización que es en principio expresa.

⁶⁷ Conocido como One Stop-Shop, una sola autoridad con dimensión comunitaria tiene centralizada las notificaciones de concentraciones. Es fácil deducir que por un criterio de especialidad la autoridad competente será la más calificada y apropiada para la labor que ejercen.

⁶⁸ Como un disuasivo eficaz.

Para entender el propósito de este nuevo cambio normativo es importante indicar que los cambios se generan dentro de los procedimientos ordinarios y abreviados de notificación y examen, con la condicionante que deben aplicarse para aquellos casos que no planteen aparentes problemas de competencia.

Los cambios sustanciales son:

- Extensión de la aplicación del procedimiento abreviado en un mayor ámbito. Esto implica que el umbral relativo a los mercados afectados ha sido elevado en un 5%⁶⁹.

- Reducción en la información requerida por la Comisión a las partes. Ha incrementado también en un 5%⁷⁰ el umbral para considerar a un mercado como afectado y por tanto solicitar información detallada, asimismo, se ha eliminado la fase de pre-notificación en los procedimientos abreviados, para casos especiales se ha implementado un sistema “súper-simplificado”⁷¹.

- Introducción de un sistema de dispensa.

Mediante esta figura, las partes interesadas en la concentración empresarial pueden solicitar la dispensa para presentar documentación que consideran no es relevante para el análisis de la Comisión en el caso concreto.

Estos datos susceptibles de dispensa atienden a datos pormenorizados que podían ser obtenidos en el mercado bajo otros medios en los últimos tres años⁷².

Es importante mencionar que pese a la simplificación de algunos procedimientos existe una contraparte informativa que se toma como necesaria, ella atiende a que la información sobre la concentración que fue repartida a los diferentes consejos⁷³, junta de accionistas, etc. sea igualmente entregada a la Comisión; esto aplica para los procedimientos abreviados.

⁶⁹ Se eleva de 15% a 20% de cuota combinada para solapamientos horizontales y de 25% a 30% para relaciones verticales.

⁷⁰ Misma figura que en la indicación anterior.

⁷¹ Aplica para Joint Ventures que operan de forma exclusiva fuera del Espacio Económico Europeo (EEE).

⁷² Esos datos refieren a estudios, informes y afines que analicen los mercados afectados, relación de empresas que operen en el mercado afectado y sus datos en detalle sobre las adquisiciones de empresas en dichos mercados.

⁷³ Consejo de administración, vigilancia, dirección, etc.

Para el caso de los procedimientos ordinarios, se solicita que brinden definiciones de mercado alternativos plausibles, los que se consideren de referencia y el análisis de los mercados afectados los dos años previos a la operación.

6. Conclusiones

Tras esta breve y somera explicación sobre el funcionamiento y regulación de las concentraciones empresariales en la Unión Europea, se pueden extraer algunas conclusiones importantes.

- Es importante saber cómo y cuándo regular, el comercio mundial jamás será una isla, lo que obliga a que las formas de competir encuentren grupos empresariales lo suficientemente maduros para poder exigir un trato igualitario en un futura concentración.
- El mejor método de evaluación para temas de concentración es el Test de Reducción Sustancial de la Competencia.
- Es ideal concentrar en una única autoridad, a fin de que sea la más especializada y de mejor prestancia, toda la gestión de consulta, revisión y decisión en los procedimientos de concentraciones.
- La información que se solicite debe ser pertinente y redundar en aquella que los propios grupos empresariales usan y manejan para evaluar los indicadores en el mercado y sus posibles operaciones comerciales.
- La situación nacional es en sumo distinta por lo que debe analizarse con mucho detalle los costos de transacción en los que se podría incurrir y cómo esto afectaría en las operaciones comerciales que tengan relación directa con las tentativas de las concentraciones económicas.

6. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY N° 972/2011-CR

Extractos cronológico de los artículos (1 al 11)	Comentario
Los actos de concentración de someten a un procedimiento administrativo de autorización previa.	Toda operación que implique un acto de concentración debe pasar por un control de estructuras (ex ante), a fin de evitar efectos negativos a la sociedad.
Se aplica a personas naturales, jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades.	Los actos de concentración no solo se restringen a sociedades sino personas naturales, sociedades irregulares y forma
Se aplica a los actos de concentración que produzcan efectos anticompetitivos en el territorio nacional, aunque se origine en el extranjero.	Todo acto de concentración que tenga efecto en el mercado nacional, cualquiera sea su origen se encuentra inmerso e proyecto.
Son actos de concentración cuando: a) Dos ó mas agentes económicos concentran sus negocios mediante fusión, constitución de empresa en común, joint venture, u otro medio parecido; b) Un agente económico y uno o más personas naturales o jurídicas que controlan un agente económico adquieren el control directo o indirecto de un agente económico; c) Un agente económico adquiere un activo productivo operativo de otro u otros agentes económicos.	Se entiende por acto de concentración cualquier operación económica que modifique de forma permanente la estructura del control de las empresas que participaron de la operación. Y esta tenga ejerce de forma continuada influencia sobre las decisiones de una personas jurídica.
Se encuentran sometidos al procedimiento administrativo de autorización previa: a) Cuando un Agente Económico involucrado en un acto de concentración registra en sus estados financieros del año anterior ventas brutas por mas de 100,000.00 UIT (en el país); y b) Cuando cumpla con las causales del artículo 4º, y que tenga ventas brutas totales del año anterior iguales o superiores a 10,000.00 UIT.	El proyecto además de definir las formas de concentración determinadas en el artículo 4º, establece un umbral que ejerce como una barrera económica para determinar cuáles actos de concentración deben pasar por el control de estructuras (ex ante).
Para determinar el inicio de la autorización previa, se debe hacer un análisis sobre si el acto de concentración genera una disminución sustancial de la competencia. En tal sentido, se tomaran en cuenta los siguientes factores: a) La estructura del mercado relevante; b) Las barreras de acceso al mercado, sean legales o económicas; c) Las fuentes de aprovisionamiento de insumos; d) Los canales de distribución y comercialización; e) El poder económico y financiero de las empresas; f) La evolución de la oferta y la demanda; g) La competencia exterior; h) La creación o reforzamiento de una posición de dominio.	Para iniciar el análisis de control de estructuras, es necesario cumplir con los requerimientos citados en el presente artículo. De esa manera de existir una disminución sustancial de la competencial; la comisión podrá autorizar dichos actos si las empresas demuestran las existencias de eficiencias económicas que compensen los efectos restrictivos.
Son ineficaces los actos de concentración empresariales que no hayan cumplido con la notificación previa requerida. Asimismo, se podrá ordenar la desconcentración parcial o total de aquello que se hubiera concentrado indebidamente.	Toda operación que cumpla con los causales de los artículos 4º y 5º podrá declararse ineficaz si no se ha solicitado la autorización previa para realizar el acto de concentración.
Es competente en primera instancia la comisión de defensa de la libre competencia del indecopi, y en segunda instancia el tribunal de defensa de la competencia y de la protección de la propiedad intelectual del indecopi.	Las instancias administrativas.

<p>Son atribuciones de la Comisión: a) autorizar, condicionar o denegar actos de concentración empresarial; b) Ordenar a la secretaría técnica el inicio de un procedimiento sancionador de investigación y sanción por infracción; c) Dictar ordenes o mandatos de los actos de concentración empresarial; d) Expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación asigne la presente ley.</p>	<p>Funciones administrativas de la Comisión de control de estructuras.</p>
<p>La secretaría Técnica de la Comisión tiene la labor de instrucción del procedimiento de investigación, entre ellos: a) Investigaciones preliminares; b) Instruir la investigación de conformidad con el D.L. N° 807, y D. L. N° 1033; c) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y el procedimiento sancionatorio; d) realizar estudios e informes; e) Elaborar propuestas de lineamientos; f) realizar capacitación; g) Otras que se asignen en la Ley.</p>	<p>La función de investigación de la secretaría técnica de la comisión de control de estructuras.</p>
<p>El tribunal es el órgano encargado de revisar en segunda y última instancia administrativa los actos impugnables de la comisión.</p>	<p>Última instancia administrativa.</p>

7. POSTURAS SOBRE EL CONTROL DE CONCENTRACIONES: EVENTO “MITOS Y REALIDADES EN EL DESAFÍO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL PERÚ”

INTERVENCIÓN DEL DR. JAIME LEE⁷⁴

¿Es realmente necesaria una regulación de control de las concentraciones económicas en el Perú?

El esquema mediante el cual los agentes económicos deciden generar concentraciones económicas entiéndase como fusiones, absorciones, acuerdos, contratos jurídicos de diversas formas y no solamente fusiones es el siguiente:

Los agentes económicos deciden concentrarse para elevar la cuota de mercado debemos acotar que la cuota de mercado -la cual perse no es ilegal- si no que como toda empresa intenta abarcar mayor mercado para intentar obtener mayor beneficio, como dijo Como dijo Ronald Coase en su clásico tratado sobre la naturaleza de la empresa, que las empresas se forman por un fin económico, sino ya estaríamos hablando de otros tipos de asociaciones.

Para reducir costos porque mediante las fusiones o los acuerdos de unión que buscan las empresas, se podría decir que buscan las economías de escala,(producir más al menor costo) para intentar generar mayor ganancia, y para básicamente poder aligerar los procesos de producción a través de la integración vertical, cuando tienen un mayor acceso a la cadena de producción, y su cadena de producción se ve reducida en costos, tienen un mayor acceso a materia prima o a pasos intermedios estratégicos.

Concentración económica para la normativa peruana es el cuerpo normativo que nos especifica claramente que es una concentración económica, la Ley Número 26876 (Ley de antimonopolio y oligopolio del sector eléctrico), la cual nos expresa que se considera concentración económica a la fusión la constitución de una empresa en común, la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas y cualquier otro contrato o figura jurídica, con ello estamos hablando básicamente que las concentraciones económicas no se refieren únicamente a fusiones, si no que en realidad se refieren a estrategias empresariales realizadas por los agentes tanto personas naturales como

⁷⁴ Abogado ...

jurídicas, las cuales pueden intentar desarrollarlas para que sus negocios prosperen.

Una concentración económica implica que el más fuerte coloque barreras de acceso al mercado que impidan que los más pequeños que no puedan cubrir los costos que no tengan un respaldo financiero no puedan acceder al mercado, lo cual generaría que esta empresa que tiene una posición dominante o un abuso de posición de dominio genere mayores ingresos afectando a los consumidores colocando precios que están lejos de su alcance normal.

El precio finalmente resulta el factor determinante para establecer la competencia, porque al determinar los precios podemos determinar cuáles son los costos medios, costos fijos, costos variables que permiten la existencia de una empresa o de un agente económico.

¿La concentración económica en una economía de mercado social de mercado es mala? Existen mercados en el Perú que son concentrados, entiéndase como concentrados que son escasos en dicho mercado, sin embargo estos son competitivos, como por ejemplos alimentos, insumos para la construcción, útiles y otros departamentos y súper mercados. Así tenemos una visión general de lo que implica una concentración económica y que existen mercados y a pesar que hay concentración económica hay competencia.

No hay una normatividad específica que indicara que una concentración económica es esto y se tratará así, si no que se han ido complementando a través de diversos cuerpos normativos como la Constitución, El Decreto Legislativo 1034 (Ley de represión de prácticas anti competitivas), el Código Civil Peruano y la Ley Número 26876 (Ley de antimonopolio y oligopolio del sector eléctrico).

Conceptos legales preliminares que se desprenden de cuerpos normativos que si es necesario una regulación sobre concentración económica. Comenzando por el cuerpo normativo de la Constitución en su artículo 56º: "El Perú es una economía social de mercado" Esto implica que la iniciativa privada es libre y el Estado se encarga de incentivar en temas de educación, salud y temas subsidiarios. El artículo 51º que trata sobre libertad de competencia, el artículo 2º que trata sobre la libertad de contratación y que nos indica que somos libres de con quien contratamos y en qué términos, siempre y cuando no vulneremos las normas de interés público, la libertad contractual que implica que los términos contractuales deben contener lo que queramos, El Código Civil sobre la primacía en el acuerdo de las partes. Además del Decreto Legislativo 1034,

Los temas de la prohibición relativa y del abuso de la posición de dominio son temas cruciales sobre la concentración económica ; a propósito de ello y al mencionando caso Epena, por el cual se mencionó el comercio tenía una cuota de 76% en el mercado, es necesario recalcar que tener poder de mercado de un mercado relevante no implica que pueda aplicar una posición de dominio, esto implicaría, que básicamente tenga una facilidades tecnológicas o productivas o de mercado que impidan actuar de manera diferente de mis consumidores, por ejemplo: Puedo tener 10% de la cuota de mercado pero tengo posición de dominio porque tengo mejor tecnología, mejor procesos productivos, una integración vertical en mi cadena productiva, entre otras cosas.

Según la normativa peruana la posición de dominio no es ilegal, ósea yo puedo tener posición de dominio en el mercado pero siempre y cuando no abuse de esta puedo seguir ejerciéndola, y se relaciona con la prohibición relativa, porque al generarse tiene que haber un análisis y estudio de mercado y sus elementos económicos para que sea realmente ejercido un abuso de dominio, todo esto con el fin para resguardar según nuestra Constitución la libertad de empresa, y el Estado no debe actuar de manera arbitraria, por tanto nuestra normatividad nos indica cuando existen estas acciones de posición de dominio, recién serán sancionadas si es que realmente ha habido un abuso

¿Cuál es el impacto sobre el control de estructuras en el desarrollo de los agentes económicos? El abuso de la posición de dominio que pueda afectar la estructura del mercado que limita o restrinja la competencia, pero antes debe haber un estudio previo y esto es normalmente la regulación que siempre se da.

¿Es pertinente tener una ley de control de concentraciones? Si el Comercio y otros grupos se fusionan existe algo llamado demanda insatisfecha, por la cual los consumidores se van a otro mercado relevante por eso es que sí que en algún momento estarás en la cumbre del mercado o que si tu intentas hacer un producto a coste de los consumidores, el consumidor se moverá, esto se menciona en el libro: el consumo en su isla, que indica que el consumo intenta satisfacer sus necesidades.

A mi idea personal considero que no es necesario una Ley de concentraciones, porque las concentraciones es el fin máximo de los empresarios quienes buscan mejorar sus productos, intentan satisfacer la demanda insatisfecha de los consumidores, Esto genera competitividad que hace que los competidores en un proceso de intentar satisfacer esta demanda no satisfecha, intentaran

generar procesos productivos más eficientes que a la larga van a mejorar los consumidores.

EL TRATAMIENTO SOBRE EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES:

Intervención de la Dra. Lucía Tamayo –OSIPTTEL⁷⁵

La concentración en si es una característica, que indica cuantos participantes tenemos en un mercado y como participan en ese mercado, generalmente, desde el punto de vista económico se ha querido medir siempre la concentración de mercado por interés de conocer la rentabilidad de las empresas o cómo puede afectar esto a los mercados.

Los índices de concentración son generalmente con lo que uno quiere medir la concentración, que lo que trata de hacer es, calcular mediante la sumatoria de mercados de todas las empresas integrantes de mercado. La idea principal es que un índice de concentración de mercado es solamente un número, es un indicio de algún posible problema, pero no necesariamente es determinante, siempre cuando se quiere analizar un mercado se necesita un análisis anterior, es decir, más profundo.

En la economía sabemos que hay modelos económicos: como el modelo de competencia perfecta que es el modelo ideal al cual uno quiere llegar ,porque es el modelo que tiene el mayor bienestar para la sociedad, donde todos maximizan sus beneficios, sus utilidades y al final todos tenemos resultados socialmente eficientes, y una asignación eficiente de los recursos. Desde el punto de vista del consumidor los usuarios reciben servicios o productos de calidad, con precios que están muy cercanos a los costos.

Sabemos que en la realidad hay mercados imperfectos que se alejan de ese modelo teórico (mercado perfecto).Dicho modelo utópico cuenta con los siguientes supuestos: ofrecen información completa, todas las empresas pueden entrar y salir en el momento que deseen, es un mercado donde existe muchas empresas competitivas etc.; sin embargo, este modelo teórico no siempre se da; entonces a partir de ello comprendemos que hay fallas de mercado. En ese sentido, una gran falla de mercado es, por ejemplo, cuando alguna empresa pueden tener un poder de mercado sobre una industria y a

⁷⁵ Economista..

veces excederse con poder de mercado, causando así ,de alguna manera, afectar el bienestar de la sociedad y de los consumidores.

Pero ¿Qué es poder de mercado?, Poder de mercado es cuando una empresa pueda independientemente de sus competidores, o de los consumidores pueda afectar los precios en el mercado o pueda afectar las cantidades consumidas en el mercado (oferta – demanda). En una competencia perfecta no, todas las empresas son iguales, entonces nadie puede afectar el precio del mercado, sin embargo, en estos mercados imperfectos, que es la mayoría de mercados en los que vivimos, hay ese problema.

Cuando hay poder de mercado o cuando hay un abuso de poder de mercado y se afecta el bienestar de la sociedad, entonces se necesita regulación, se necesitan regular los mercados, se necesitan políticas de regulación y también políticas de competencia. Hay políticas de regulación que son políticas ex ante, es decir, se establecen reglas antes de que por ejemplo los regulados, los administrados actúen, entonces se establecen por ejemplo en el caso de OPSITEL se fijan precios tope o se regula el precio de las llamas fijo móvil, que ustedes habrán visto en el caso e telefónica del Perú se redujeron mucho, ya que estaban a un sol durante mucho tiempo y ahora están a 18 céntimos y ha habido un impacto positivo en los mercados peruanos. Hay también políticas de competencias que son políticas ex post pero que van a corregir casos específicos de comportamiento, entonces ambos tipos de política buscan restablecer esa distancia que hay respecto a ese mercado competitivo ideal que tenemos y tratar de que se incrementen las eficiencias y el bienestar social. En el caso particular del sector telecomunicaciones en el Perú tenemos dos entidades públicas que intervienen: Uno es el ministerio de trasportes y comunicaciones que es el ente rector y el otro es el OPSITEL que es regulador de telecomunicaciones.

El ministerio de trasportes y comunicaciones dicta políticas como ente rector dicta las grades políticas del sector, autoriza las entradas de las empresas al mercado, las licencias, las autorizaciones ,las concesiones; también asigna el espectro radioeléctrico que es el medio por el cual las comunicaciones inalámbricas de trasmiten por lo cual es posible que tengamos tecnología móvil, telefonía inalámbrica, no lo vemos, pero es un recurso público que es de todos los peruanos y por tanto su asignación debe ser cuidadosamente decidida. También el ministerio de trasportes y comunicaciones se encarga de las políticas de servicio universal que tiene que ver con extender todos los servicios de telecomunicaciones a todos los habitantes del país. OPSITEL es el regulador, regula tarifas, cargos de interconexión, soluciona reclamos de

usuarios, emite normas generales y también soluciona controversias entre empresas siempre en el campo de los servicios públicos de telecomunicaciones; como regulación se regular cargos de interconexión, que son los peajes que se pagan a las empresas de telecomunicaciones para que las llamadas de los usuarios puedan cursarse, para que los usuarios de claro puedan llamar a los usuarios de telefónica y viceversa. También OPSITEL regula los precios tope de muchos servicios. También determina quienes son los proveedores importantes en determinados servicios y les establece obligaciones, regula también la calidad del servicio, porque la calidad es una variable muy importante que puede ser descuidada por los proveedores del servicio y emite regulación acerca de atención a los usuarios, además interviene en la aplicación de la portabilidad numérica, y se hace un seguimiento de los mercados muy rigurosos.

Una industria de redes es una industria donde hay alto costos, en el caso de telecomunicaciones hay economías de ámbito, lo que le permite por ejemplo al operador proveer muchos servicios

Evolución de la concentración

Esta es la evolución del índice HHI para la **telefonía móvil**, como se ve desde el año 2007 tiene tendencia decreciente, antes una tendencia creciente, lo anterior entre el 2005 y 2004 lo que se ve es que la empresa Bellsouth fue Adquirida por telefónica móvil, entonces esto incidió que el índice tuviera una tendencia creciente, pero desde el 2007, ya hay una tendencia a la baja; no obstante, seguimos con índices altos de HHI por encima de los 4000, cabe recordar que en el sector telecomunicaciones, digamos la tendencia internacional, es a considerar un índice alto mayor a 2500. El sector de la telefonía móvil también tiene una buena evolución, últimamente hemos escuchamos que hay operadores entrante, esto quiere decir que hay una buena dinámica progresiva en el sector telefonía móvil. Cuando vemos por ejemplo, la evolución de las tarifas medias de los operadores que están ahora en el mercado, los más importantes como Claro y Telefónica, vemos que la tendencia de esos ingresos medios es decreciente, mientras lo que consumimos en minutos están creciendo para los consumidores.

En el **sector de televisión de paga** vemos también una tendencia decreciente del índice, y cabe señalar que desde el primero de Agosto el Ministerio de Telecomunicaciones y Transportes dio pase libre a la transferencia de concesión (fusión), entre Telefónica Multimedia, Telefónica Móviles y Telefónica del Perú, que ahora se llama solamente Telefónica, donde ya desde muchos años venían trabajando en la práctica como una sola empresa.

En el **sector de telefonía fija**, vemos también un HHI que va cayendo en el tiempo, pero que todavía tiene niveles muy altos, dado que es un sector donde los costos hundidos son muy elevados, es decir, los costos de entrar a operar ahí son muy altos, porque es de tener que establecer redes de telecomunicación físicas a nivel nacional ;no obstante, también donde se ven reducciones de precios, ahí por ejemplo, les comentaba de la regulación tarifaria, este es el indicio que muestra que desde el 2001 que aplica la regulación de tarifa tope para los servicios de telefonía fija como las rentas, llamadas adicionales , se ve que se revoluciona y donde OSIPTEL tiene un rol muy importante en el cual ajusta cada 3 meses estas tarifas.

Y en el caso de **internet fijo**, es un caso muy importante, debido la necesidad de todos los ciudadanos de tener acceso a internet permanente, no solo por necesidades de información, de educación sino también de trabajos empresariales y también por mantenerse conectados, porque no, a bajos costos, con familiares que están fuera del país, a través de las diversas aplicación que ya conocemos. Este índice ha tenido también una tendencia, ligeramente a la baja, pero se mantiene todavía muy alto; no obstante, la innovación tecnológica que hay en el sector telecomunicaciones, está permitiendo que por ejemplo: Ya haya empresas en Lima, en Arequipa que están brindando el acceso a internet por fibra óptica, con velocidades de hasta 100 *megabit*por segundo, lo cual es muy pequeño todavía pues son algunos distritos de lima y en Arequipa. Cabe señalar que las velocidades cada vez están mejorando, y más aún ahora que recientemente ha salido la regulación de calidad de la velocidad mínima que las empresas operadoras deben brindar en internet, puesto que ahora tiene que ser el 40% de la velocidad contratada, por lo menos en planes nuevos, hasta el 31 marzo 2015, donde se podrá exigir como usuarios nuevos el 40% de velocidad contratada como mínimo.

¿Cómo es el control de concentraciones en telecomunicaciones?

En telecomunicaciones no hay un control ex ante de concentraciones empresariales, como sabemos, el único control de concentraciones ex ante que existe en Perú es en el sector eléctrico, pero adicionalmente, creo más en mi opinión personal, que no hay un control de concentraciones en el país. Somos como un punto raro cuando hacemos comparaciones internacionales donde todas las agencia de competencias y todos los países tienen un control de concentraciones ex ante y el Perú no sabemos, porque no cuenta con ello. Lo que hay en telecomunicaciones es un control previo de concesiones (que no es de concentraciones) y asignaciones de espectro. Es así que para velar por

los consumidores y por la eficiencia, dado que no hay una ley general de control de concentraciones para todos los mercados, en el caso de telecomunicaciones, existe este Control Previo, que de alguna manera es como una especie de parche, porque no tiene todas las atribuciones de lo que sería un control de concentraciones. Cabe recordar que el sector telecomunicaciones tienen una particularidad, y es que la agencia de competencia en telecomunicaciones no está en INDECOPI sino está en OSIPTEL, es por eso que nos interesa mucho este tipo de mesas de dialogo, porque así podemos comunicar ¿si es impórtate la necesidad de control de concentraciones ?, Y sí es importante en buena cuenta, porque, por ejemplos hay casos como en el 2008 donde recién se empezaban a brindar al mercado los paquetes de servicio, tiempo aquel ,donde había una empresa llamada STAR GLOBAL COM que proveía servicio en Arequipa y Tacna donde empezaba obtener muy buenos resultados. Esta empresa proveía el servicio a través de cable coaxial, y ¿Qué es el cable coaxial? es una tecnología que permite brindar velocidades más altas, y lo interesante del cable coaxial es que no solo podía brindar servicio de internet sino también podía brindar servicio de telefonía, entonces podemos decir que STAR GLOBAL COM ya estaba brindando servicios de paquetización, ante esta situación Telefónica decide adquirir y /o absorber a STAR GLOBAL COM, pues le representaba una competencia muy fuerte. Entonces, si hueviáramos tenido un control de concentraciones, esta fusión o absorción de compra hubiera podido ser analizada, debatida, discutida y ver los efecto ocasionaría, pero con ello tampoco no quiero ser tan extremistas, porque las cosas a veces no son tan blancas o negras, pues se tiene que analizar caso por caso y digo esto porque también una fusión puede ser positiva, y es el caso de Telmex, que compro 2 pequeñas empresas de cable y ¿Para qué las compra? Para poder proveer servicio empaquetados y así competir con telefónica, de modo que, los usuarios, donde esa oferta se ha provisto, sean visto beneficiados. Cabe recalcar que en telecomunicaciones hay una tendencia, que es la convergencia tecnología, y es la que está permitiendo que los operadores, a través de las redes que tienen puedan brindar no solamente un servicio sino varios servicios.

En ese sentido, lo que interesas es comprender que una fusión no necesariamente tiene porque ser negativa, ya que puede generar una economía de escala, es decir, que los precios bajen progresivamente, siempre y cuando esta fusión se traduce a mejores precios para los consumidores, pero el tema es que de repente al bajar esos precios también se sensitiva la entrada de nuevos operadores y he ahí el problema.

Comentario Final

Las medidas de concentración de mercado no tienen un fin en sí mismo, son un indicio y forman parte de un análisis de poder ver un mercado de una industria pero otros factores, como por ejemplo: si los competidores pueden entrar en ese mercado o pueden salir de él, si los consumidores tienen capacidad de negociación etc.

Las políticas regulatorias y de competencia, buscan generar y preservar las competencias en los mercados, con la finalidad de incrementar el bienestar social, porque en la realidad los mercados son imperfectos.

Los mercados de telecomunicaciones en el Perú se encuentran concentrados, pero también hemos visto que la evolución de reduciendo de precios es buena, igualmente la pendiente de esa curva de debería ser más empinada, es decir, la reducción debería ser más rápida, pero por diversos factores instituciones, regulatorio, y de mercado aún persiste esta concentración, sin embargo, somos optimistas respecto al desarrollo de las telecomunicaciones , a la entrada de nuevos operadores como Bitel , Entel que si bien ya estaba en el sector como Nextel, su fuerza competitiva no era muy fuerte, pero hora como Entel sí, entonces las perspectivas son mejores.

Finalmente, el control que existe en telecomunicaciones es un control previo de trasferencias, de alguna manera, OSIPTEL y el Misterio tratamos de extendernos para poder hacer análisis, pero no es lo que debería ser un control de concentración.

TEMA GRUPO EL COMERCIO (caso Epena)

Intervención del Dr. Karim Merzal⁷⁶

El grupo el comercio ha tenido un crecimiento orgánico e inorgánico, digamos que este crecimiento se ha venido dando en los últimos 15 o 16 años, actualmente es un grupo empresarial básicamente orientado hacia el sector de telecomunicaciones y en los dos últimos años ha diversificado su cartera de

⁷⁶ Fue abogado en el ex Banco Sur, Gerente Legal del Banco Santander. Actualmente, Gerente Legal del Grupo el Comercio

inversiones en el sector entretenimiento y en el sector educación, actualmente lo conforman 34 empresas, y esto se ha debido al crecimiento orgánico a través de la constitución de nuevas compañías e inorgánico a través de alguna figura societaria y/o adquiriendo alguna participación en algunas otras compañías.

A continuación comentaremos un breve resumen de las estructuras societarias y como se han venido dando en las últimas operaciones del Grupo, normalmente el Grupo estructura las operaciones de adquisición de participación, así como lo realizan otros operadores en la industria.

El Grupo El Comercio tiene alternativas para participar en compañías a través de procesos de reorganización societaria sean fusiones, escisiones, reorganizaciones societarias simples o algunas figuras civiles como: los contratos de asociación, Join Venture, o contratos de colaboración, normalmente estos procesos se inician con un acuerdo de confidencialidad o MDA los cuales establecen algunas condiciones para intercambiar información entre las partes que están interesadas en iniciar un proceso de adquisición y una vez pasada esta etapa se inicia un proceso de entendimiento para lo cual se suscribe un memorando de entendimiento, siendo este el documento que sirve de estructura para que las dos partes se pongan de acuerdo para la adquisición de una determinada participación y los porcentajes de participación dependerá de lo que el vendedor está dispuesto a vender en el mercado y lo que el comprador esté dispuesto a tomar participación de la compañía. En el memorándum de entendimiento se establecen todas las condiciones marco de la estructura que deberían reflejarse en los documentos de compra venta de acciones o en los convenios de accionistas que se tengan que establecer si es que la participación es menor del 100%, hay una estructura de adquisición, se establecen los acuerdos de exclusividad, de no competencia, confidencialidad pero para iniciar a ese proceso primero se tiene que iniciar el proceso de Due Diligence o debida diligencia donde la parte compradora primero lo que hace es revisar aspectos laborales, contractuales, regulatorios, tributarios, litigios, para determinar cuál es el nivel de contingencia y/o lo que se refleja a nivel tributario y/o lo que finalmente se refleja como rentabilidad de una compañía termina siendo atractivo, se refleja en los contratos de compra venta de activos, que es el documento por el cual uno toma participación de las compañías y si es que uno adquiere un porcentaje menor al 100% se suscriben convenios de accionistas donde se someten a algunas condiciones.

El Grupo el Comercio ha hecho tres grandes inversiones en tres grandes sectores: sector en telecomunicaciones o medios de telecomunicación el cual lo inicio desde el año 2006 con la adquisición del diario Gestión que no era un diario que no había sido creado o constituido por el grupo, ese fue la primera adquisición inorgánica que hizo la compañía, el siguiente paso fue la constitución de canal "N" y tomar una participación en canal 4, con el Grupo la Republica y en los dos últimos años en el sector educación y entretenimiento; en el sector educación se adquirió el Instituto Peruano Alemán con una operación entre US\$/ 12 y 15 millones de dólares, este era un instituto, en el que el Grupo el Comercio busca realizar inversiones en sectores a fin, como el sector cultura, entretenimiento, educación, es un instituto que actualmente tiene autorización para universidad y ese fue el punto determinante, el punto atractivo para que el grupo tome la decisión de participar en un sector que le era ajeno, el día de la adquisición fue el 14 de febrero del 2013, este es el curso en el que actualmente se encuentra el instituto el cual está en un proceso de adaptación de toda la curricula, lo que se desea es implementar en el mercado un sistema de educación innovador, tecnológico, que es lo que le hace mucha falta en el país y replicar este modelo en Lima, en los principales conos y básicamente en los principales ciudades del País, la estructura rápidamente que se tuvo por conveniente a implementar el Grupo el comercio se asoció en aquella oportunidad con un grupo de inversionistas que se llama Salcantay Group entre las dos compañías constituimos un vehículo que se llama proyectos educativos e innovaciones del Perú y a través de estas dos compañías y las dos participaciones se pusieron de acuerdo en función a los documentos previos, se adquirió una participación de IPAL, este fue el caso que no fue necesario suscribir un convenio de accionistas porque se adquirió el 100% de la participación, simplemente se suscribió un contrato de compra venta de acciones.

¿Cuáles fueron las Sinergias para tomar esta decisión?

A través de los diarios se dio la oportunidad de hacer pública los avances en el sector educación y a través de los medios también hubo un buen impulso publicitario de la adquisición que se había hecho a través de los diarios el comercio, Trome, Peru21, Gestión, Deport y Publimetro, a través de las revistas que forman parte del grupo y a través de los negocios en el sector digital de internet y algunas empresas que están vinculadas al grupo.

En el sector entretenimiento también en el mismo año 2013, El Comercio tomo una participación de la empresa Coney Park, adquiriendo el 70% del

accionariado, es el principal operador de entretenimiento en el país, esta adquisición fue muy interesante para el Grupo el Comercio porque a su vez YouKids pertenece a la empresa de Coney Park y esta posee una participación en la empresa Youkids (Youkids es una franquicia japonesa que opera parques de diversión para niños entre 0 y los 6 años y viene iniciando operaciones en Chile) ConeyPark tiene una participación en el mercado peruano más o menos del 60%, Hapyland es un operador chileno que tiene el resto de participaciones, lo que pretende el grupo el Comercio es tener una participación de entretenimiento en Chile y el vehículo YouKids es el que nos ha abierto la puerta para participar en Chile y el Grupo está viendo también hacerlo en Colombia y en Ecuador con lo cual en el sector entretenimiento podría consolidarse en Sudamérica un operador importante en la región.

La inversión de medios de prensa no se inicia con la adquisición del paquete del accionariado del grupo Epena, todo lo contrario el Grupo el Comercio tiene una participación relevante en el mercado desde el año 2002 y ciertamente las participaciones en el mercado desde el año 2002 en el diario el Comercio no era precisamente el líder en el mercado, ya que el líder en el mercado era el Grupo la Republica, el segundo era el Grupo el Comercio, con mucha presencia en Lima pero con poca presencia en otras provincias y el Grupo Epena era el tercer operador.

Desde el 2002 a la fecha el primer grupo de medio de comunicación que lanzo un diario popular fue el Grupo la Republica y evidentemente en un mercado competitivo, y como respuesta el Grupo el comercio lanzo el diario el Trome el cual nuestra empresa se siente muy orgullosa de este diario ya que es diario de habla hispana más leído del mundo tiene un tiraje de 700,000. Mil en días de semana y en sus picos de tiraje puede llegar a imprimirse 1Millon doscientos mil en épocas de elecciones o eliminatorias y esto se debe a los directores, periodistas con el contenido del propio diario.

LIBERTAD DE EXPRESION DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La constitución aprueba la libertad de expresión sin censura, y lo que establece el Artículo 2° de la constitución es la libertad de informar, para opinar y comprende también la libertad para fundar medios de comunicación y en este caso la de ejercer libremente la libertad de expresión.

El artículo 61° de la constitución nos habla de la economía Libre de Mercado indicándonos que no se acepta el abuso de posiciones dominantes y monopólicas por ende se persigue o se prohíbe la exclusividad del monopolio o acaparamiento respecto de los medios de comunicación

La única limitación que tiene nuestra constitución es el abuso de las posiciones dominantes en el mercado, tomar una posición de dominio no constituye que una empresa adopte prácticas abusivas.

Nuestra regulación como se comentó anteriormente solo existe control previo en el sector eléctrico y en el sector radio y televisión.

No existe ninguna regulación respecto de las concentraciones o acaparamiento dominantes.

En el Perú han existido tres grupos editoriales que actualmente se mantienen y los cuales son: el Grupo Epsa, El Comercio y el Grupo la Republica.

Entre estos tres grupos se manejaban 11 diarios y actualmente en la televisión, el grupo el Comercio y la Republica tienen una asociación de esto el grupo el comercio tiene el 70% de participación en América tv y canal N y el Grupo la Republica posee un 30% de participaciones, así mismo el Grupo el comercio decidió aceptar la oferta que les hizo llegar el Grupo Epsa para adquirir un paquete de sus acciones el año 2013 lo cual se tomó la decisión por dos motivos:

1.- porque la línea editorial del Grupo el Comercio y del Grupo Epsa son líneas editoriales más o menos cercanas.

2.- La oferta primero lo hizo el Grupo la Republica pero el Grupo la Republica hizo una oferta Hostil de adquisición de las acciones del Grupo Epsa, que finalmente no se llegó a concretar hecho por el cual este caso fue tan mediático.

El Proceso de Due Diligence entre El Grupo el Comercio y Epsa fue muy corto pues el tiempo en que se presentó fue en un mes.

Básicamente la operación se estructuró de dos maneras:

1.- primero se iba a comprar un paquete de acciones por el cual se tomara el control de la compañía, era un paquete mayoritario pero con la salvedad y esto muy vinculado con respecto a la libertad de expresión el cual se escindía la parte periodística de la compañía de la ex periodística nacional Epsa que hoy día se llama presmart y se constituía una nueva compañía que se llamaba "Grupo Epsa" la cual iba a estar a cargo al 100% de Goil Banquero y estos iban a seguir ofreciendo los servicios editoriales para los diarios del Grupo

Epensa, el cual la familia Goil Banquero tenía la absoluta autonomía de la línea editorial de los contenidos y no existía control respecto de cualquier contenido que afecte evidentemente la Libertad de Expresión.

En el Perú existen 62 diarios a nivel nacional y cuando se emitieron los primeros comentarios sobre la participación del Grupo el comercio era una concentración acaparada.

El mercado relevante en los medios de comunicación son los diarios, las radios, blogs, el Facebook, etc.

En el Perú ocurre un fenómeno diferente con el tema del papel, ya que a nivel mundial el papel está disminuyendo, pero en nuestro país ocurre todo lo contrario en vez de disminuir se incrementa o se mantiene pero a comparación con otros países a nivel mundial los lectores prefieran un medio de comunicación escrito.

INTERESES POR LA FUSION DE EPENSA Y EL COMERCIO SON:

- 1.- La sinergia.- es ser eficientes en el mercado.
- 2.- el Grupo Epensa tiene el 100% del contenido de las publicaciones.
- 3.- se escinde una empresa.

CONVERSATORIO: MITOS Y REALIDADES EN EL DESAFÍO DE REGULAR LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN EL PERÚ

Intervención del Dr. DANIEL ECHAIZ MORENO⁷⁷

Es especialmente grato para mí volver a las aulas universitarias de esta distinguida casa de estudios a participar de este evento académico atendiendo a la gentil invitación que me han cursado los organizadores, en un evento que además muestra una temática particularmente interesante desde diversas perspectivas.

⁷⁷ Doctor en Derecho y Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio fundador del Estudio Jurídico Echaiz Abogados.

En primer término porque se refiere a un tema que no es usualmente abordado dentro del escenario jurídico, y ahí está la primera característica que lo hace especialmente atractivo, su complejidad. La misma característica que hace, se desarrollen diferentes posturas, siendo precisamente esta divergencia de criterios lo que aviva el debate en un tema tan controversial como lo son las concentraciones económicas, y aún más, el tratamiento de su regulación.

Y en segundo término, porque la materia exige ser abordada desde una perspectiva que va más allá de lo tradicional, y con ello me refiero a que supera los confines básicos del derecho. Es un tema que va más allá de las fronteras jurídicas, porque abordarlo con solvencia exige no solo una mirada desde el derecho, sino también una mirada desde otras disciplinas, como la Economía, o como la Administración y en fin, una mirada desde el mercado.

Hay que entender que el derecho empresarial en que se enmarcan las concentraciones económicas, nos enfrenta a una serie de retos que exigen tener una visión amplia. Una visión que nos lleve a preguntarnos cuál es la razón de ser de las figuras y operaciones económicas, y claro está, una visión que además nos permita comprender que la respuesta no está solo en una ley.

En la actualidad es usual que pensemos que el derecho es cual varita mágica un solucionador de problemas, y que mañana más tarde porque una norma dice "A" o dice "B" eso va suceder, ignorando que así no funciona el mercado.

Hay que desacralizar la norma. Porque hoy una norma puede decir "A", pero de repente el mercado no lo cumple, y la mejor manera de que el mercado se encamine, no es imponiendo de manera absolutista un criterio en forma cerrada, sino es reconociendo cómo funciona el mercado. ¿Y cómo funciona? Pues muy simple, con incentivos. Así el empresario, que es finalmente el destinatario de las normas del derecho empresarial, cumplirá tal o cual norma porque encuentra un incentivo, una razón de ser o una explicación que tiene y guarda sentido dentro del mercado, y entonces, más allá de cumplir meramente con el texto frío de una norma, estará convencido de lo que hay tras eso.

Hoy la realidad nos demuestra que estamos avanzando en esa línea, alejándonos de aquella costumbre enormemente legalista de cumplir única y estrictamente, lo que una norma dice para tratar de entender cómo funcionan las operaciones en el mercado. Muestra de ello, basta con ver por ejemplo, el vertiginoso desarrollo que en los últimos años ha obtenido en nuestro mercado las certificaciones ISO. ¿Acaso hay una ley que obligue a tener una certificación? No, no la hay, y sin embargo nos damos cuenta que las empresas

compiten para obtener dicha certificación. Y compiten porque han entendido el incentivo que hay detrás de ello, porque en la ardua competencia del mercado las empresas necesitan tener un valor agregado y poder diferenciarse del resto, y se diferencian, por ejemplo, con una certificación que acredite determinados sistemas de gestión de la calidad. De tal manera que cuando eso se incorpora dentro de la filosofía y el actuar empresarial, no se necesita una norma que te obligue a tener una certificación, sino que se obtendrá por convicción propia.

Lo mismo sucede con los temas de responsabilidad social empresarial, es por eso que fue un error lo que hace algún tiempo atrás se quiso hacer al intentar dictar una ley de responsabilidad social empresarial, creyendo ingenuamente que uno desarrollaría un valor, porque el texto de una norma así lo establecía.

El tema de las concentraciones empresariales, es para muchos de nosotros, un tema bastante distinto y distante de lo tradicional, ello porque estamos frente a materias que son empresariales, y ciertamente nosotros nos forjamos en un mundo jurídico. En las aulas universitarias tenemos una formación encaminada en el mundo del derecho, compartimos cinco o seis años aulas universitarias con compañeros que estudian derecho, y por si eso ya fuera poco, tenemos al frente a profesores que son abogados. Entonces, cuando mañana más tarde ejercemos, nos damos cuenta que la realidad es diferente, porque actuamos en un escenario donde no estamos solo entre abogados, y esto parece ser simple, pero resulta ser determinante, ya que yo mañana puedo ser un abogado de renombre, y tener un manejo doctrinario, legislativo y jurisprudencial totalmente solvente, pero si yo no sé mantener un trato con un "No Abogado", no sabré insertarme en el mercado.

Cuando hablamos de la concentración empresarial nos referimos a la concentración de las empresas, y que mal podríamos entender el consecuente, sino entendemos primero el antecedente: ¿Sabe Usted qué es realmente una empresa? La pregunta puede parecer bizantina, sin embargo no lo es. La mayoría no tiene conocimiento de ello, y en ocasiones son los mismos empresarios los que desconocen o malinterpretan lo que es una empresa, asociando su significado con la mera formalidad de redactar una minuta, elevarla a escritura pública e inscribirla en los Registros, y esto último resulta ser una aclaración necesaria debido a que es lamentable que gran parte de abogados malinterprete también lo que es una empresa, y como resultado de ello, copie un formato de estatuto cada vez que requiera constituir alguna, subestimando así los verdaderos objetivos de su cliente.

Lo mismo sucede en un proyecto de fusión o adquisición empresarial. Detrás de un proyecto de concentración empresarial existe una serie de expectativas empresariales, siendo las principales, entre otras, la expansión en el mercado, la reducción de costos, y la seguridad jurídica.

Una fusión empresarial, traduce una variedad de razones u objetivos, por ejemplo, la reducción de costos. Cuando se reducen costos, el precio final del producto es menor, y si el precio final del producto es menor, esto llevará a la empresa a ser más competitiva en el mercado, y por tanto, el consumidor pagará menos, convirtiéndose inclusive esta operación en un real mecanismo de protección al consumidor. ¿Cómo se protege al consumidor en estos días? ¿Declarando de interés nacional la protección al consumidor como lo hacen las típicas normas que se promulgan a diario? ¿Hasta cuándo vamos a seguir con ese conservadurismo tradicional y cuadrulado del derecho? ¿Cuánto tiempo más debe transcurrir para darnos cuenta que el derecho evolucionó? Porque si nos hubiéramos dado cuenta ya, no seguiríamos con un Código de Comercio de 1902, regulando con figuras de antaño. Así no funciona el mercado hoy, porque si lo que se quiere es reducir costos y volverse más competitivos en el mercado, se tienen que aprender a desarrollarse en él, y para eso, se requieren condiciones para la expansión, siendo justo en este punto donde las concentraciones económicas cobran particular relevancia a efectos de facilitar la expansión local, regional y global.

Generalmente creemos que solo competimos en un mercado local y no nos damos cuenta que la competencia se realiza a escalas mayores.

Incluso, nosotros los abogados estamos compitiendo no solo con los noventa mil abogados que existen en el Perú, sino también con los estudios de abogados extranjeros que tienen una enorme dimensión. Por lo que ya no debe preocuparnos tanto la competencia local, sino la competencia que proyecta, por ejemplo, el estudio de abogados más grande de Europa Continental, que cuenta con más de 2500 abogados y que se encuentra constituido en el Perú desde el 2013, el Estudio Garridez.

Por eso es tan importante llegar a comprender lo que significa competir en el mercado, ya que si no llegamos a comprender lo que significa la competencia, y no la sabemos aplicar, no podemos pretender asesorar a un cliente con expectativas de expansión en el mercado, porque parte de las estrategias de competencia e inserción en el mercado son las figuras de concentración económica, a través, por ejemplo, de la inserción de economías de escala, o a través de la cobertura de una cadena productiva, por eso Backus, es dueño de la flota de camiones que transporta sus productos. Transporte 77 es una filial

del grupo Backus, y por eso es que cualquier camión del grupo Backus, tiene el logo de transporte 77. Ahora bien, lo mismo no piensa Ambev. Ambev no piensa lo mismo que Backus porque ellos no son dueños de la flota de camiones que transporta sus productos, ellos contratan la flota de Ransa. Son formas de competir en el mercado. Ambev dice: “¿Para qué voy a tener una flota de camiones? Zapatero a tus zapatos, yo me dedico a producir y vender cerveza, no a mantener camiones”. Sin embargo, Backus no piensa lo mismo y apuesta por dedicarse también al transporte y la distribución de sus productos.

Aquí hay que ser abierto en el pensamiento, no hay que restringirse a unas cuantas posibilidades y dar como auténticas y verdaderas solamente pocas opciones. La competencia en el mercado supone reconocer esta amplitud de figuras y alternativas que el mercado ofrece, saber competir en el mercado. ¿Y cómo se compite en el mercado? Bueno, a través de dos formas: La primera, que es aquella donde la mayoría compite, pero compite mal, es una competencia de precios. Y la segunda, la cual sí es adecuada, es la competencia por calidad.

La Escuela de Negocios de la Universidad de Harvard, desarrolla la teoría de competencia en el mercado, y de una manera un tanto inusual nos explica lo que hay detrás de esto. De hecho, su teoría que ya tiene algunos años, fue lanzada por Harvard a través de los cursos de la currícula del MBA (Maestría en Administración de Negocios). Uno de estos cursos se titulaba: ¿Es el pollo, un pollo? Y al principio nadie entendía eso.

¿Qué es eso? El título de un curso. Y medio en broma, medio en serio, se estaba desarrollando una tremenda teoría. ¿Qué estaba diciendo la teoría? Bueno, para comenzar respondía la pregunta diciendo que no, un pollo no es un pollo.

¿El pollo qué es? Es un bien genérico, y como bien genérico, da lo mismo comprar uno que otro ¿Verdad? Pues no, Harvard dice que no es así, y puede entenderse esto con un ejemplo muy sencillo: Yo vendo pollo (vamos a ver como se compite en el mercado). Estoy satisfecho con mi negocio, mi negocio es exitoso ¿Y por qué es exitoso? Porque todo el mundo me compra ¿Y por qué todo el mundo me compra? Porque yo vendo el pollo a S/. 100, y claro, el del costado lo vende a S/. 120. Entonces a mi todo el mundo me compra porque yo lo vendo barato. Pero ¿Qué pasará cuando mañana el del costado lo venda a S/. 80? Le comprarán a él ¿Y entonces qué haré yo? Bueno, lo venderé a S/. 60, y luego el otro lo venderá a S/. 40, y luego yo a S/. 20, y luego el otro a 10. Obteniendo como resultado la devaluación del precio ¡Canibalizas el mercado!

Siempre va a ver eso, siempre va a ver alguien que cobre menos. Pero uno no puedo canibalizar su propio mercado ¡Esa no es la forma de competir!

¿Y cuál es la forma de competir? Simple, mercado de calidad. Vuelvo al ejemplo. Oiga, mi negocio es un éxito, a mí todo el mundo me compra el pollo que estoy vendiendo, pero no me lo compran porque lo vendo a S/. 100, o a S/. 120, o a S/. 80, sino que me lo compran porque tiene nombre y apellido ¡Tiene marca! Y además es una marca reconocida. ¡Oiga, lo que yo vendo es pollo San Fernando! Por eso todos lo compran, porque tiene una calidad establecida en el mercado, y claro, porque se oferta sin dispararse en el precio, obviamente.

Eso es lo determinante, y lamentablemente no se sabe competir en el mercado. Muchas veces se compite de manera totalmente inadecuada, un ejemplo vinculado a nosotros, al mundo jurídico, sobre cómo se compite mal es el siguiente. Hagan el simple ejercicio saliendo de aquí y pregúntenle a alguna persona dónde hay una notaría, y seguramente que a una cuadra o dos hay una. Entonces, si uno se acerca, puedo apostarle que lo que va a encontrar es un letrero muy grande que dice Notaría, y abajo muy chiquito dice: "Juan Pérez" ¿Qué hizo el notario? Se convirtió en un genérico ¡Se convirtió en un genérico él solo! Porque lo que te está diciendo es: ¿Quiere notaría? Aquí hay notaría, ahora, si es la notaría "Juan Pérez" o "Raúl Martínez", eso no interesa, es notaría al fin y al cabo. Eso te está diciendo el propio notario, entonces claro, lo que va a suceder es que uno como cliente se va a dejar llevar por el precio, y como resultado de eso compare, por ejemplo, lo que cuesta una legalización en la Notaría "Juan Pérez", y lo que cueste la misma operación en la notaría "Raúl Martínez", decidiéndose al final, por la notaría que cobre una menor tarifa.

Entonces podemos darnos cuenta que ese notario no sabe competir en el mercado, es un genérico. Cualquiera puede ser un genérico, cualquier empresa, cualquier abogado ¡Cualquiera! A mí no me interesa ser un genérico, porque como genérico no sobresalga, yo tengo que tener una marca. Una marca que desarrolle y sepa competir en el mercado. Y de repente, esa competencia en el mercado parte por reconocer que tengo limitaciones, y esas limitaciones exigen que deba concentrarme con otra empresa para alcanzar ciertos objetivos. Oiga, puedo yo ser el Grupo Breca, pero cuando quiera lanzar un hotel cinco estrellas de clase internacional, no me voy solo, y entonces me asocio en una alianza estratégica con el Grupo Westin.

Y esto es paradójico, porque el más grande siempre reconoce sus limitaciones, y en cambio el más pequeño cree que no las tiene, es más aventurado. Seguramente que si alguien lanzaba hoy un Hotel pequeño, se lanza solo, y

seguramente que su negocio fracasa, porque hasta que crezca se va a demorar unos cinco o seis años como mínimo. En cambio, cuando un gigante como el Grupo Breca se lanza, es al revés, reconoce sus limitaciones y dice: “No es que desconozca el mercado hotelero, soy Grupo Breca, dueño de los hotel Libertador. Pero una cosa es un hotel en provincia, y otra cosa es un hotel internacional”. Y entonces me concentro con otro operador, con el operador Start Gurt que tiene nueve marcas, una de ellas es Sheraton y otra es Westin. Y se da una operación de alianza estratégica, esto es, una concentración empresarial, obteniendo como resultado que ese se construya el auditorio bajo techo más grande de todo Sudamérica, el que se encuentra en el Westin, y que está copado para cualquier evento grande hasta el año 2016.

¿Eso sería posible con el Hotel ABC? No pues. Oiga, la concentración empresarial responde a ello. Lo mismo sucede con el Marriott ¿Acaso el Hotel Marriott es de Marriott? No lo es, es de una empresa peruano – chilena, Inversiones La Rioja. De los más de 2,500 hoteles Marriott que hay el mundo, cerca de 2,000 de ellos, no son de Marriott.

La concentración se da justamente porque reconocemos sinergia ¿Cómo podemos sumar? Como se suele decir en la doctrina especializada, una concentración empresarial es exitosa cuando uno más uno no es dos, sino cuando uno más uno es tres. La concentración tiene realmente que generar una diferencia.

Si una empresa “A” vende por 10 millones, y una empresa “B”, vende por 8 millones, ambas deciden fusionarse, y como resultado de la operación venden por 18 millones ¡Eso no tiene ningún sentido! El éxito se verá cuando como resultado de la operación, por ejemplo, se venda por 25 millones, habiéndose producido una sinergia, a través de la reducción de costos que permitan generar una mayor rentabilidad.

Reconocer la sinergia empresarial, es reconocer precisamente una de las bondades que ofrece la concentración. Con eso lo que quiero resaltar es que tras una operación de concentración empresarial, hay razones importantes de mercado que no podemos desdeñar. No basta una visión meramente jurídica de estas cuestiones. Tenemos que despojarnos un poco del ropaje jurídico y comenzar a analizar desde el mercado el por qué se realizan estas operaciones.

Y créanme que mañana más tarde, voy a ser mucho más eficiente frente a un cliente, cuando logre ponerme en sus zapatos y logre entender lo que en verdad quiere y cuáles son sus expectativas. Porque ¿Qué es lo que quiere un

empresario? Esa es una pregunta que debe hacerse una y otra vez. El empresario lo que quiere es capital, quiere expansión, quiere reducir riesgos, eso es lo que quiere el empresario. Un empresario no quiere ganar un proceso judicial y obtener una sentencia que diga fundada ¡Eso creen los abogados! Lo que al empresario le interesa es tener su capital de trabajo sobre la mesa. Entonces, si lo pienso así, podré ser capaz de entender por qué un empresario está dispuesto a realizar una condonación parcial de una deuda con tal de recuperar su capital de trabajo ¡Al empresario le interesa tener recursos! La concentración empresarial debe descubrir esas cosas, debe descubrir incluso qué hay detrás de la misma concentración.

En un escenario moderno y contemporáneo como en el que hoy vivimos, donde el gobierno corporativo felizmente va ganando más terreno, las empresas han empezado a reconocer las bondades que el gobierno corporativo ofrece, siendo ese el escenario propicio en que debe inscribirse la concentración empresarial.

La regulación estatal es eso, una regulación, y no podemos permitir que bajo el pretexto de una regulación, haya intervencionismo. Creo firmemente que la libertad de empresa es el principio fundamental dentro del régimen económico del país. La Constitución Política del Perú, reconoce un régimen de economía social de mercado, lo que supone por parte del Estado, un rol regulatorio en el mercado, y no un rol intervencionista.

La regulación en el tema de las concentraciones empresariales puede darse de dos formas. A veces, de una forma muy precipitada se dice que en el Perú no hay control de concentraciones ¿Y quién ha dicho que no hay? Sí lo hay, pero debemos partir primero de que existen dos formas de control: El Control Ex Ante, o control antes de la operación de concentración; y el Control Ex Post o el control después de la operación concentración. En el Perú, el control Ex Ante, es el que no hay en términos generales, porque sí lo hay en excepción para el sector eléctrico, por ejemplo; y el control Ex Post, ese sí tenemos, pues es el que regula las concentraciones empresariales. Después de una operación de Concentración, el INDECOPI puede actuar a través de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

En ese sentido podemos reconocer que la actuación estatal sí está presente. Porque no se ha dicho aquí que el Estado deba ser totalmente ajeno al mercado, o que debe dejar que este soluciones sus problemas por si solo; lo que se ha dicho es que Estado debe adoptar un rol regulatorio.

El rol del Estado jamás debe poner cadenas a la economía, y mucho menos debe adoptar una posición paternalista. Ya se acabó la época en la que se buscan villanos y víctimas ¿Quién es el villano de la operación de Concentración? ¿Quién es la víctima de la operación de Concentración? Sostener eso es casi tan descabellado como decir que el consumidor es víctima ¿Quién ha dicho que el consumidor es víctima? Ahora, que requiera una protección porque hay asimetría informativa, eso es otra cosa, pero el consumidor no es víctima. Debemos despejar esas ideas, porque esos son los mitos, esos son los mitos que hay que superar.

Cuando tengamos claro el entendimiento de esos temas, creo firmemente que podremos ir en buen camino. La legislación vigente hoy en día, definitivamente puede perfeccionarse en algunos temas. Pero considero que el control Ex Post, que es el que prima en nuestro ordenamiento jurídico, es el adecuado. Es más, en los países en que hay control Ex Ante, postulan a favor de un control Ex Post, entonces no tiene mucho sentido tratar de ensayar esas fórmulas de control Ex Ante.

En el Perú se ha querido implementar hace mucho tiempo el control Ex Ante, siendo el principal promotor de ello, el INDECOPI, esto debido claramente a que quiere ser el órgano supervisor del control de Fusiones y adquisiciones empresariales. Ahora bien, el argumento recurrente de que en la mayoría de países del mundo hay un control Ex Ante, es un argumento que ni siquiera merece considerarse. El hecho de que la mayoría de países lo tenga, no es una razón de fondo, y creo muy firmemente de que no hay las razones de fondo para pasar a regularnos bajo un modelo de control Ex Ante, sino para mantenernos en el modelo de control Ex Post.

Precisamente en ese sentido, comparto un par de cuestiones con ustedes antes de concluir. La primera es que este último sábado, se ha emitido una Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI, donde se ha aprobado un precedente vinculante de observancia obligatoria respecto a una interpretación del artículo 5 de la Ley Nro. 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Y la segunda es que hoy, a través de una notificación por publicación del INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, ha iniciado un Procedimiento Administrativo Sancionador contra tres personas naturales y contra treinta y nueve centros privados de prestación de servicios de hemodiálisis, por existir indicios de prácticas colusorias horizontales para incrementar el valor referencial de los procesos de contratación pública de servicios de hemodiálisis requeridos por ESSALUD. Así, la publicación de

notificación de apertura de procedimiento, que constituye ser un control Ex Post.

Considero que la regulación que tenemos hoy en día, bajo cargo de que siempre puede perfeccionarse en algunos temas, no puede desdeñar, ni reprimir la sola operación de concentración empresarial per se.

La actuación en el mercado requiere garantías adecuadas, y esas garantías se van a dar cuando haya una regulación suficiente y acorde a la realidad, esto es, normas que realmente entiendan las operaciones en el mercado.

Por todo ello, creo que la concentración empresarial en el mercado es hoy una realidad, ya que no se puede actuar de forma aislada. Hoy se actúa en conjunto porque quien está aislado, está fuera de contexto. No podemos ser individualistas ni tampoco pretender ser todistas, por el contrario, hay que ser especializados.

La especialización ha llegado a tal punto que se ha convertido en una "superespecialización", antes, los abogados nos especializábamos en derecho tributario, en derecho laboral, o derecho comercial; pero hoy las especializaciones son mucho más específicas, por ejemplo, ahora uno se especializa en fusiones, o se especializa en arbitraje laboral; y es justamente esto, lo que exige que uno se tenga que juntar, porque cuando llega un caso, este puede tener aristas comerciales, laborales, tributarios o regulatorios; y en tal sentido, se necesita trabajar en conjunto, eso es concentración.

El futuro y el presente es la concentración en el mercado, pero una concentración adecuada y que reconozca precisamente las bondades de trabajar en equipos multidisciplinarios.

9. ALGUNOS CASOS CORPORATIVOS.

CASO: Grupo El Comercio - Epena

1.- Forma Legal debajo de la empresa que está tomando control de la otra.

El Grupo El Comercio adquirió el 54% de acciones del Grupo Epena, el cual luego de la operación fue dividido en dos empresas. La primera empresa mantiene la línea editorial de los diarios Correo, Ojo, Ajá, y el Bocón controlada en un 100% por el Grupo Agois Bancharo. Y la segunda empresa

realiza la producción de impresión de diarios y el manejo de la publicidad controlada por el Grupo El Comercio con el 54%.

2.- Cuota de mercado que la empresa tendrá después de la adquisición y el sector del mercado.-

Depende de cómo se defina el mercado:

Con la Adquisición de la empresa de impresión y publicidad de Erensa, el Grupo El Comercio obtiene una cuota alta dentro del mercado de prensa escrita. Según el índice de lectoría de la sociedad de Empresas Periodísticas del Perú, los diarios que obtienen el mayor índice de lectoría en las ciudades de Lima, Piura, Chiclayo, Trujillo, Huancayo, Arequipa y Cusco son del Grupo El Comercio y de Erensa.

En un mercado de telecomunicaciones en general, donde existen los medios de radio, televisión, internet y prensa escrita. La adquisición del Grupo El Comercio no es tan significativa y por tanto su cuota es baja.

3.- Posibles efectos de la operación.-

Depende de cómo se defina el mercado:

En una alta concentración de mercado, un posible efecto puede traducirse en la imposición de condiciones comerciales para el sector de distribución de diarios (Los Canillitas) y el mercado publicitario.

En la Constitución Política del Perú, en el artículo 61º del Título III, Capítulo I, no permite el acaparamiento de la prensa escrita. Sin embargo, diversos especialistas concuerdan en que la televisión y la radio, a diferencia de la prensa escrita, mantienen un límite de emisión de frecuencias de radiodifusión. Siendo la televisión hasta un límite del 30% y la radio hasta un veinte 20%, de conformidad con la Ley de Radio y Televisión N° 28278. Por tal motivo, concluyen que en el sector de prensa escrita la ley no delimita el acaparamiento.

4.- Posibles competidores.-

Entre los posibles competidores a nivel nacional del Grupo El Comercio y Erensa dentro de las ciudades de Lima, Piura, Chiclayo, Trujillo, Huancayo, Arequipa y Cusco tenemos:

La República, Diario 16, El Diario del Cuzco, El Norteño, El Popular, EL Pueblo, El Sol, El Tiempo, La Primera, La Hora, La Industria Chiclayo, La Industria Trujillo, entre otros.

5.- Planes de expansión de los competidores.-

No se conoce ningún plan de expansión de los competidores.

CASO: (MAESTRO)

1.- Forma Legal bajo la cual una empresa está tomando control de la otra.-

La compañía Chilena Sodimac (parte del Grupo Falabella) compró el 100% de las acciones de la empresa Maestro por un valor total de S/. 490 millones de dólares.

2.- Cuota de mercado que la empresa tendrá después de la adquisición y el sector del mercado.-

Según Gestión y el Mostrador mercados (página web especializada chilena), basándose en informes de LarrainVial y Deutsche bank, esta compra colocaría a Falabella con el 85% de la cuota del mercado moderno de mejoras del hogar, dejando a Promart – del Grupo Interbank- con solo 9%. Por otro lado, Semana Económica difiere con lo señalado, considerando que en realidad Falabella obtendría el 91% del mercado señalado.

Después de la adquisición del 100% de acciones de Maestro, todo apunta a que Sodimac tendría un amplio valor en activos obteniendo el control sobre 55 tiendas en todo el Perú incluyendo ciertos sectores donde Sodimac no habría llegado. Además de un banco de tierras de Maestro por 119,000 m2.

En una entrevista con El Comercio, el presidente del directorio de Falabella Perú, el Sr. Juan Xavier Roca señala que no ocurriría una concentración del mercado debido a que este mercado de US\$ 6 000 millones es dominado en un 20% por las cadenas de tiendas, mientras que el 80% es dominado por las ferreterías lo que eventualmente solo les da el 17%.

3.- Posibles efectos de la operación.-

Un posible efecto negativo estaría vinculado a la alta concentración del mercado resultante de la operación en caso se considere una definición de mercado acotado, es decir solo el mercado moderno.

No se tiene información sobre efectos positivos de la operación. Incluso se tiene conocimiento que Sodimac está recién analizando si se fusiona con Maestro, por lo que ni siquiera se puede hablar de eventuales eficiencias que se trasladen al consumidor producto de una fusión .

4.- Posibles competidores.-

Estos son:

- a) Promart es una empresa que ha comenzado a funcionar desde el 2011 manejada por Homecenter Peruanos del Grupo Interbank, que en el 2013 tuvo ingresos por 118 millones dólares;
- b) De las empresas del mercado moderno tenemos a Casinelli, Casas e Ideas, ArqStudios, Decor Center, entre otros, que no tienen el mismo alcance que Sodimac o Maestro;
- c) En el sector ferretero se encuentran las pequeñas tiendas que difícilmente pueden llegar a competir, puesto que solo ofrecen materiales de ferretería y no el paquete completo de mejoras del hogar como lo hacen Sodimac, Maestro, Promart, Casinelli.

5.- Planes de expansión de los competidores.-

- a) Promart inauguró seis tiendas en lima y provincias durante el año 2014, abriendo un local en el Real Plaza Salaverry del distrito de Jesús María en Lima con una inversión de 10 millones de dólares.
- b) Casinelli en sus proyectos del 2014 inauguró dos tiendas en Arequipa y Chiclayo.

CASO: AFP Profuturo e Integra adquirieron en partes iguales el 100% de las acciones de AFP Horizonte por US\$ 516 millones. La operación fue supervisada por la SBS. (Agosto)

La información obtenida para **el presente informe** es a través de fuentes públicas

1.- Forma Legal bajo la cual una empresa está tomando control de la otra.

En el 2012 AFP horizonte en ese entonces perteneciente al grupo económico español BBVA anuncio su intención de venta, para lo cual los posibles compradores serían AFP Profuturo e Integra, mediante una transacción de *US\$ 516 millones*, la *AFP Profuturo* (grupo Scotiabank) e *Integra* (grupo SURA Asset Management) *compraron en partes iguales el 100% de las acciones de AFP Horizonte*⁷⁸(*mediante la figura de la fusión y escisión*⁷⁹). En su momento

⁷⁸ Fuente obtenida de <http://www.larepublica.pe/24-04-2013/afp-integra-y-profuturo-compran-horizonte-y-se-reparten-los-afiliados>

⁷⁹Fuente en consulta <http://www.aempresarial.com/web/informativo.php?id=20612#>

destacaron este hecho porque era la primera vez que se veía una operación de esta naturaleza en el Perú.

Las dos empresas detalladas en el párrafo anterior acordaron que una vez comprada el 100% de las acciones de la AFP del grupo BBVA. Se dará La administrarán por seis meses, para luego escindirla en partes iguales⁸⁰.

Ello significa que AFP Horizonte escindirá un bloque patrimonial (activos y pasivos) a favor de Profuturo AFP y le transferirá el 50% de los fondos que administra⁸¹.

Mientras que AFP Integra absorberá, mediante un proceso de fusión por absorción a AFP Horizonte, con lo que se transferirá el 50% de fondos restante⁸².

La operación, que contó con el visto bueno de la Superintendencia de BancaSeguros y AFP (SBS), se concretó ayer luego de la transferencia de dichas acciones a través de la Bolsa de Valores de Lima⁸³.

2.- Cuota de mercado que la empresa tendrá después de la adquisición y el sector del mercado

AFP integra, desplazará a Prima AFP y se convertirá en la nueva líder del Sistema Privado de Pensiones (SPP). Su participación de mercado subirá a 38.6% en términos de afiliados, y a 41.5% en cuanto a fondo administrado, estimó Jorge Ramos, gerente general de AFP Integra⁸⁴.

Por su parte, Pedro Grados, gerente general de Profuturo AFP, refirió que la cuota de afiliados de su representada se ampliará a 35%, y la de su fondo hasta 27%. Esta adquisición se financiará con aportes de capital de los accionistas de Grupo Sura y de Scotiabank, revelaron los ejecutivos⁸⁵.

3.- Posibles efectos de la operación. (Efectos negativos y positivos enfocados desde distintas aristas).

En opinión de Enrique Díaz, presidente ejecutivo de la consultora MC&F, esta mayor concentración podría, por un lado, generar reducción de costos y de

⁸⁰Fuente en consulta <http://www.aempresarial.com/web/informativo.php?id=20612#>

⁸¹ Fuente en consulta <http://bitacora-laboral.blogspot.com/2013/04/afp-integra-y-profuturo-compran-afp.html>

⁸² Fuente en consulta <http://bitacora-laboral.blogspot.com/2013/04/afp-integra-y-profuturo-compran-afp.html>

⁸³Fuente en consulta <http://www.aempresarial.com/web/informativo.php?id=20612#>

⁸⁴Fuente en consulta <http://www.aempresarial.com/web/informativo.php?id=20612#>

⁸⁵Fuente en consulta <http://www.aempresarial.com/web/informativo.php?id=20612#>

comisiones por economías de escala, pero también podría generar distorsiones en el mercado⁸⁶.

El mercado previsional históricamente en el Perú, se ha caracterizado por su alta concentración, sin duda se ha reflejado en el alto nivel costo de las comisiones por la administración de fondos de pensiones.

4.- Posibles competidores (los cuales surgieron después de la adquisición)

En el país operaban cuatro AFP (Prima, Profuturo, Integra y Horizonte) y con la compra de la AFP perteneciente al grupo BBVA, se reduce a cuatro sin embargo para el 2013 **ingresaba la chilena AFP Habitat** ⁸⁷.

5.- Planes de expansión de los competidores (esto es después de la adquisición).

CASO Tiendas EFE y el Grupo Wiese compraron cadena “La Curacao”

1.- FORMA LEGAL

La compra se efectuó con una importante inyección de capital de los accionistas del consorcio y un préstamo a mediano plazo otorgado por Scotiabank Perú.

2.- COUTA DE MERCADO

De acuerdo con el comunicado de la empresa, Tiendas EFE se convertirá en la principal empresa de venta minorista de electrodomésticos en Perú, con ventas consolidadas de US\$400 millones y una participación total de mercado de aproximadamente 23%. Los accionistas de Tiendas EFE mantendrán el control accionario de la operación combinada.

3.- EFECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

De esta manera, la cadena norteña suma, a sus 75 tiendas en todo el Perú, los 91 locales de La Curacao, formando una red de 166 locales distribuidos tanto en capitales de regiones como en ciudades intermedias y en zonas difíciles para el ingreso del comercio minorista, como la selva.

⁸⁶Fuente en consulta <http://elcomercio.pe/economia/negocios/que-pasara-afiliados-mercado-venta-afp-horizonte-noticia-1567673>

⁸⁷Fuente en consulta <http://www.aempresarial.com/web/informativo.php?id=20612#>

El plan de inversiones que fue programado para el 2013, estableció la puesta en marcha de 08 nuevos puntos de atención en provincia, lo que ha sido cumplido por la empresa, de acuerdo a lo que fue programado.

Los planes de Tiendas Efe están principalmente enfocados a generar sinergias, estabilizar las empresas subsidiarias y aplicar las mejores prácticas. En los próximos dos años se busca incrementar en cinco puntos porcentuales adicionales su participación en el mercado.

CASO: Venta del 100% de las acciones de Industrias Teal S.A. (Sayon) a favor de Alicorp S.A.A. (Enero)

1.- Forma Legal bajo la cual una empresa está tomando control de la otra.

Mediante un contrato de compra venta⁸⁸ Industrias Teal S.A.(Sayon) vende el 100% de sus acciones a favor de Alicorp S.A.A.

2.- Cuota de mercado que la empresa tendrá después de la adquisición y el sector del mercado

Esta operación realizada permite a Alicorp S.A.A. ingresar al mercado de caramelos, chocolates y panetones, además de desarrollar sinergias y economías de escala en categorías que ya participa, como las de harinas, pastas y galletas, donde Sayón ya tenía una posición fuerte.

Asimismo respecto al rubro de harinas, se puede precisar que en un año muy dinámico para la categoría, Alicorp mantuvo su amplio liderazgo con una participación de mercado de 46% a Diciembre 2012, gracias a la implementación de diversas iniciativas. Es así que Don Vittorio sostuvo su liderazgo a nivel nacional; Nicolini fortaleció su posición en Lima; Lavaggi, marca líder en la región norte, logró ampliar su alcance a nivel nacional ingresando a competir en la región sur; se relanzó Alianza ofreciéndole al consumidor un producto de mejor calidad, y se ingresó exitosamente al segmento de marcas súper económicas con Espiga de Oro.⁸⁹

Por otro lado, respecto al rubro de galletas, durante el 2012, Alicorp mantuvo la posición de líder con 32% de participación de mercado, creciendo 9% en

⁸⁸ Fuente: <http://elcomercio.pe/economia/negocios/alicorp-sumaria-marcas-sayon-su-portafolio-compra-4139-millones-noticia-1515195>

⁸⁹ Fuente:

http://reporte2012.alicorp.com.pe/pdf/EEFF_Memoria_Conasev.pdf

facturación y 3% en volumen en comparación con el 2011. Estos crecimientos se dan principalmente por las marcas Día y Fénix, en las que se redefinen las estrategias de precio y distribución. La marca Tentación también aporta en forma importante al crecimiento de la categoría gracias al continuo apoyo, en medios de comunicación y en canales de venta, que ha tenido desde su relanzamiento en el 2011. Adicionalmente se logró introducir exitosamente al mercado la nueva Casino Boom, la única galleta con chispas explosivas en el país.

3.- Posibles efectos de la operación. (Efectos negativos y positivos enfocados

Esta adquisición es de relevancia estratégica para Alicorp y su crecimiento futuro, tanto en Perú como en otros países de la región. Las marcas adquiridas de Industrias Teal S.A. le permitirán a Alicorp lograr una mayor economía de escala y ampliar su portafolio de productos, para así poder competir en todos los segmentos del mercado.

4.- Posibles competidores (los cuales surgieron después de la adquisición).

No se encontró información alguna respecto a este punto.

5.- Planes de expansión de los competidores (esto es después de la adquisición).

No se encontró información alguna al respecto.

CASO: Interbank adquirió del BCP, el 50% de las acciones de Expressnet. Con ello controla el 100% de dicha empresa encargada de operar American Express Perú. (Julio)

FORMA LEGAL BAJO LA CUAL UNA EMPRESA ESTA TOMANDO CONTROL DE LA OTRA.

En julio de 2012, el Banco Interbank adquiere el 50% de las acciones de ExpressNet a un costo de US\$940,000 Dólares Americanos; completando así el 100% de las acciones de esta compañía. ExpressNet es el operador local de las transacciones con tarjetas de crédito American Express.

CUOTA DEL MERCADO QUE LA EMPRESA TENDRA DESPUES DE LA ADQUISION Y EL SECTOR DEL MERCADO

En el Perú, American Express estaba presente a través de dos bancos: El Banco Interbank y el Banco de Crédito del Perú. Este último banco acaba de vender su participación del 50% de la accionariado que maneja las tarjetas AMEX en

Perú, Expressnet, a INTERBANK lo que lo convierte en el único banco encargado del servicio de afiliación de establecimientos comerciales.

POSIBLES EFECTOS DE LA OPERACIÓN (E. POSITIVOS Y NEGATIVOS)

EFECTOS POSITIVOS:

Permite que Interbank controle la única procesadora de transacciones con tarjetas American Express.

Es claro que en el Perú son cuatro los bancos que controlan el sistema financiero, a diferencia de otros países de la región. Con el objetivo de aclarar la 'concentración', el gerente general de Interbank, el Sr. Luis Felipe Castellanos, señaló que "no existe complacencia" por parte de ellos. En donde dijo: que prueba de ello es la alta competencia y pugna por los clientes que existe en el sector, donde el público es el principal beneficiado. Y explicó que, si bien hoy los cuatro bancos, siendo Interbank uno de ellos, tienen el 80% de los créditos de la banca, esa participación se reduce al 65% ante la cantidad de entidades financieras (61), lo cual resulta "razonable frente a otros países de la región".⁹⁰

POSIBLES COMPETIDORES (QUE SURGIERON DESPUES DE LA ADQUISICION)

Las otras empresas de tarjetas son Compañía Peruana de Medios de Pago de Visa, Procesos MC Perú de MasterCard y Diners Club Perú.

Un producto también se puede posicionar directamente **contra un competidor** Por ejemplo, en sus anuncios, Citibank VISA se compara directamente con American Express, diciendo: "Será mejor que usted lleve su tarjeta VISA, porque ellos American Express".

PLANES DE EXPANSION DE LOS COMPETIDORES

Apple acaba de cerrar un acuerdo con las empresas de tarjetas de crédito American Express, Visa y Mastercard. ¿La razón? La idea es trabajar -en

⁹⁰ Diario Gestión. Mercado. Interbank sobre la concentración de la banca. "no hay complacencia en el sistema". Viernes 29 de noviembre del 2013.

adelante- en un **sistema de pago para el nuevo iPhone**, según la página especializada Re/code.

La expectativa en el mercado es grande puesto que de este acuerdo podría surgir la futura **Apple wallet (billetera)**.

American Express ya es la tercera compañía que trabaja junto a Apple para desarrollar el nuevo sistema de pago.

A fines de julio pasado, **Visa** había llegado a un acuerdo similar; Bloomberg también había anunciado lo mismo entre **Mastercard** y la empresa californiana.

Aunque no trascendió mucho acerca de cómo será este sistema de pago, parece que Apple usará el **sistema NFC** (Near Field Communication) para realizar pagos en los establecimientos habilitados.⁹¹

Los cuatro 'titanes' de la banca local (BCP, BBVA, Scotiabank e Interbank) se han enfrascado en una agresiva competencia por captar depósitos y colocar productos crediticios como las tarjetas, con programas de recompensa y fidelización de clientes.

"La alta competencia nos obliga a estar en la ola. Ahora se da una agresiva competencia en la oferta de productos y en las diversas campañas. El reward o premios, por ejemplo, las recompensas a los clientes por consumir con sus tarjetas de crédito, es una lucha de cada día entre los bancos, pero no es suficiente si no hay un esfuerzo por mejorar los servicios a las personas" - afirmó el gerente Principal de Segmentos e Inteligencia Comercial de Scotiabank, Hernán Berenguel.⁹²

10. CONCLUSIONES.

Primera: Existen diversas formas de concentración empresarial pudiendo ser clasificadas como fusiones propias o directas, o impropias o indirectas. En este sentido, cuando una empresa decide realizar una fusión, este procedimiento empieza con una decisión de gestión en la cual debe tener en claro la causa objetiva por la que se está fusionando, si esta concentración obedece a una

⁹¹ Diario FORTUNA. Economía. ¿se viene la billetera de Apple?. 1 de septiembre del 2014.

⁹² Diario El peruano. Actualidad Empresarial. Se calienta la competencia por captar depósitos y colocar créditos. 23 de noviembre del 2014.

causa de fortalecimiento económico o la generación de inversiones para el desarrollo inventivo de productos.

Segundo: En este contexto, la concentración empresarial a través de una fusión no termina dañando per se el mercado ya que existen aristas que se deben tomar en cuenta, como la cuota de mercado que cada sociedad participante ostentaba para llegar a la conclusión de que una fusión podría potencialmente dañar al mercado.

Tercero: A diferencia de otros países, en nuestra legislación no tenemos una norma que se encargue de regular la concentración de las fusiones, teniendo como pilar frente a esta falta de regulación la libertad de empresa. Sin perjuicio de lo anterior, existe una excepción a la falta de regulación citada, ya que si existe un control de fusiones en el sector energético.

Cuarto: Sobre el marco de las fusiones se debe tener en consideración que no es lo mismo la fusión de dos empresas familiares, la cual se traduce en un poco o inexistente impacto en el mercado, respecto de la fusión de empresas multinacionales que necesariamente podrían terminar impactando el nivel de competencia en el mercado y crear necesariamente un monopolio.

Quinto: Los monopolios no se encuentran prohibidos en nuestro marco normativo, sino lo que se encuentra prohibido es el abuso de aquella posición monopólica en perjuicio del mercado, alcanzando dicha prohibición el impedir el acceso al mercado a otros competidores.

Sexto: Ahora bien, las fusiones que consideramos deben tener un tratamiento de supervisión (tanto a nivel ex ante como ex post) son aquellas fusiones que terminan impactando necesariamente un mercado relevante. Con lo cual arribamos como primera exclusión del tratamiento del control de fusiones aquellas fusiones que tengan poco impacto en el mercado.

Sétimo: El procedimiento de control de fusiones debe contar con indicadores flexibles que hagan el procedimiento rápido y eficaz, tales como supeditar la evaluación de la fusión por el órgano encargado al silencio administrativo positivo, entre otros.

Octavo: La defensa de la competencia es una política cuyos beneficios no presentan controversias en pleno siglo XXI (los precios bajan, genera innovación, promueve la variedad en los productos, etc.). Si bien el objetivo de la defensa de la competencia no admite debate, en el Perú sí han existido distintas posiciones respecto a la conveniencia o no de que el Indecopi aplique de forma general el control de estructuras.

La cúspide de dicho debate tuvo momento en el 2011, con la presentación del Proyecto de Ley 972/2011-CR, en el cual se proponía extender las facultades del Indecopi para controlar las concentraciones en todos los mercados. En dicha oportunidad el Indecopi presentó un informe en el cual si bien opinó a favor del proyecto, consideró la necesidad de dotar a la institución de mayores recursos financieros y humanos. No obstante, el Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso no recogió esta recomendación del Indecopi (a la fecha el proyecto de ley no ha pasado al pleno del Congreso).

Noveno: Si bien el control de concentraciones es una tendencia a nivel de países desarrollados, en tanto su ejecución repercute de forma positiva en la sociedad, es pertinente analizar este mecanismo bajo la realidad de los mercados latinoamericanos y el presupuesto de sus respectivas agencias de competencia. En el 2013 la agencia de competencia chilena contó con 94 empleados y un presupuesto de USD 11.17 millones; la colombiana, con 58 empleados y un presupuesto de USD 8.95; y la peruana, con aproximadamente 30 empleados y un presupuesto de USD 0.73 millones (Fuente:[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR\(2014\)31&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2014)31&docLanguage=En)). Ese mismo año la agencia de competencia chilena fue nombrada por la Global Competition Review como una de las mejores agencias de competencia de la región (Fuente: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/gcr_rating13.pdf).

En un escenario donde los recursos son limitados, es recomendable invertir los mismos en aquellos mecanismos de defensa que mayor beneficio generen a la sociedad: La investigación y persecución de carteles, la promoción de la abogacía de la competencia y la eliminación de barreras burocráticas.

Vale tener presente que cuando las agencias de competencia, además de perseguir a los carteles, evalúan operaciones de concentración, gran parte de sus recursos son destinadas a esta última tarea. Asimismo, la mayoría de solicitudes de autorización de concentración a nivel comparado son finalmente aprobadas, lo que demuestra que en su mayoría no generan mayores problemas de competencia en los mercados, por lo que el mecanismo de control de concentraciones actúa en la práctica de manera residual sobre aquellas pocas operaciones que sí pueden tener algún efecto sobre la competencia.

En esa línea, si bien la extensión del control de concentraciones a la generalidad de los mercados podría generar beneficios, dicha propuesta

responde a una reforma de segunda generación que debería secundar el fortalecimiento institucional respecto a los ejes antes señalados.

10.

BIBLIOGRAFIA Y REFERENCIAS.

10.1 Libros:

Peyrefitte, Joseph; Golden, Peggy; Brice, Jeff Jr (2000). *Vertical Integration and Economy Performance: A Managerial Capability Framework*. Management Decision. ABI/INFORM Global. Pág. 217

Joseph E. McCann, Roderick Gilkey (1990). *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Edigrafos, Madrid.

Flint Blanck, Pinkas (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Rajadell Carreras, Manel (2003). *Creación de empresas*, Ediciones de la Universidad Politécnica de Catalunya, Barcelona.

Baltra Cortes, Alfredo (1973) *Teoría Económica Volumen I* – Tercera Edición, Santiago de Chile.

García Pita y Lastres, José Luis, *Los grupos de sociedades y la concentración de empresas*. Universidad de la Coruña, Págs. 13 – 55.

10.2 Páginas Web

<http://gestion.pe/empresas/moodys-ve-positivo-adquisicion-maestro-peru-parte-falabella-2108815>

http://gestion.pe/empresas/sodimac-compra-100-acciones-maestro-s-1404-millones-2108796?href=nota_rel

<http://semanaeconomica.com/article/empresa/144302-maestro-en-manos-de-sodimac-las-claves-de-una-operacion-de-us490-millones/>

<http://semanaeconomica.com/article/empresa/144881-venta-de-maestro-a-sodimac-la-hora-de-la-cosecha/>

<http://www.bcr-bestrong.com/2014/09/durante-2015-sodimac-definira-si-se.html>

<http://www.elblogsalmon.com/conceptos-de-economia/que-es-el-private-equity>

<http://gestion.pe/empresas/falabella-concentrara-85-industria-ferretera-peru-2109309>

<http://www.reestructura2.com/fondos-de-capital-riesgo-o-private-equity/>

<http://gestion.pe/economia/mercado-ferreteria-y-mejoramiento-hogar-factura-us-4500-millones-anuales-2106606>

<http://gestion.pe/economia/ventas-principales-tiendas-mejoramiento-hogar-crecerian-10-este-ano-2106599>

Bibliografía digital.-

http://elcomercio.pe/politica/gobierno/historia-operacion-entre-comercio-epensa_1-noticia-1682597

<http://gestion.pe/politica/humala-propone-que-congreso-intervenga-asociacion-entre-comercio-y-epensa-2085169>

<http://semanaeconomica.com/article/servicios/122824-el-mercado-de-medios-en-el-peru-cuando-los-equipos-se-alinea/>

<http://diario16.pe/noticia/39988-la-jugada-decano-detalles-compra-epensa-grupo-comercio>

<https://redaccion.lamula.pe/2013/10/24/periodistas-hablando-sobre-la-concentracion-de-medios/egoagurto/>

<https://redaccion.lamula.pe/2013/08/22/el-comercio-y-epensa-confirman-asociacion/enriquejarrea/>

<https://lamula.pe/2013/08/14/vendieron-el-grupo-epensa/admin/>

http://elcomercio.pe/politica/gobierno/historia-operacion-entre-comercio-epensa_1-noticia-1682597

<http://gestion.pe/politica/humala-propone-que-congreso-intervenga-asociacion-entre-comercio-y-epensa-2085169>

<http://semanaeconomica.com/article/servicios/122824-el-mercado-de-medios-en-el-peru-cuando-los-equipos-se-alinea/>

<http://diario16.pe/noticia/39988-la-jugada-decano-detalles-compra-epensa-grupo-comercio>

10.3 Referencia Hemerografica

Alex Córdova Arce. El régimen Fiscal delas fusiones y adquisiciones de empresas. Revista 49- abril 2009, pág. 15

Diario Gestión. Empresa“Las tarjetas American Express en Perú quedan en manos de Interbank. Lunes, 23 de julio del 2012. 9:57

Diario Gestión. Mercado. Interbank sobre la concentración de la banca. “no hay complacencia en el sistema”. Viernes 29 de noviembre del 2013.

Diario FORTUNA. Economía. Amex dejará el plástico para captar jóvenes. 9 de noviembre del 2011.

Diario FORTUNA. Economía. ¿se viene la billetera de Apple?. 1 de septiembre del 2014.

Diario El peruano. Actualidad Empresarial. Se calienta la competencia por captar depósitos y colocar créditos. 23 de noviembre del 2014.

CRÉDITOS

Agradecemos la colaboración de las personas que a continuación detallamos por su aporte en la investigación realizada en la edición del presente Cuadernillo de Investigación:

A nuestros Alumnos:

Arevalo Cabrera, Adriana Are
Caballero Abad, Armando.
Cervantes Arana, Andres
Colqui Bedregal, Ernesto
Chiroque Wong, Luzdary Kerlin
Espinoza Jacay, Katherine Celeste
Fernandini Mendoza, Gino Carlo
Flores Loayza, Pamela Jesus
Garcia Peña, Susan
Giraldo Moreno, Daniela
Gonzales Vargas. Hanz Michael
Infante Vines, Rodrigo Enrique
Palomino Achulla, Betsy
Palomino Val, Luis Carlos
Rios Yacha, Celia
Torres Chala, Hanz M.
Torres Crispin, Hebert Daniel
Sava Medrano, Morelia Maryser

A nuestros Directores:

Conde Granados, Jorge Luis
Espinoza Lozada, Jesús Eloy

A nuestra presidenta:

Casanova Claros Mariela

Asimismo, quiero agradecer de una forma muy especial al Dr. Héctor Gómez Bermeo, quien tuvo la gentileza de revisar una vez más este trabajo y contribuir con algunos interesantes aportes.