



FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACION JURIDICA
CENTRO DE INVESTIGACION EN DERECHO CONCURSAL
Y PROPIEDAD INTELECTUAL, COMPETENCIA Y
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Trabajo de Investigación Anual 2014

“NECESIDAD DE REGULAR EL CONTROL DE FUSIONES EN EL
PERÚ COMO MECANISMO DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA”

Responsable de la investigación:

Dr. Julio Durand Carrión

Participantes:

Milagros Mejía Herrera
Kiara Nuñez Paredes

Lima-Perú

“NECESIDAD DE REGULAR EL CONTROL DE FUSIONES EN EL PERÚ COMO MECANISMO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA”

“(...) Si no toleramos a un rey como poder político, no deberíamos tolerar a un rey de la producción, transporte y venta de lo que necesitamos para vivir (...)”

Senador John Sherman

INTRODUCCION

A lo largo de la historia, la defensa de la libre competencia, se ha viabilizado a través de dos ejes: (i) el control de conductas ex post por el cual se despliegan sanciones y medidas correctivas contra el abuso de posición de dominio, las prácticas monopólicas y las colusiones anticompetitivas; y, (ii) el control de estructuras ex ante, que involucra el análisis y el eventual condicionamiento o prohibición de las concentraciones que, por su envergadura y circunstancias del mercado, pudieran afectar el proceso competitivo.

En el escenario peruano, únicamente contamos con un control de conductas ex post, a través del Decreto legislativo N° 1034, Ley de represión de conductas anticompetitivas, publicado el 25 de junio de 2008. Sin perjuicio de ello, en noviembre de 1997, el Perú apostó por el control de estructuras ex post, en materia de Defensa de la Competencia, restringida únicamente al sector eléctrico, en virtud a las disposiciones de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. En ese sentido, ante la insuficiente regulación del control de fusiones en los demás sectores económicos de nuestro país, el propósito de nuestro trabajo consiste en analizar la necesidad de regular el control ex post, como mecanismo para la defensa de la libre competencia, y así evitar el comportamiento anticompetitivo de los operadores económicos, en bienestar de todos nosotros: Los consumidores.

El presente trabajo tiene la siguiente estructura: 1. Antecedentes. 2. Concentraciones empresariales. 3. Defensa de la libre competencia. 4. Mercado como proceso dinámico y Economía Social de Mercado. 5. Comentarios a la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico 6. Comentarios al Proyecto de Ley N° 972/2011-CR, Ley de promoción de la libre competencia y la eficiencia en los mercados para la protección de los consumidores 7. Opiniones en controversia 8. Legislación comparada 9. Recomendaciones para el procedimiento de control de fusiones 10. Conclusiones

1. ANTECEDENTES

Durante la segunda Revolución industrial se realizaron grandes inversiones de capital, conllevando así a un proceso de concentración por la necesidad de obtener mayor rentabilidad, el afán por el control del mercado y el mejor posicionamiento ante la crisis.

Este proceso se manifestó tanto mediante la creación de sociedades anónimas como mediante la concentración empresarial; se formaron así los cárteles, trust, holdings y monopolios. Todas estas estructuras empresariales estaban encaminadas al control de los mercados, cada vez más grandes por la mundialización económica y la expansión imperialista, restringiéndose de esa forma la competencia.

Para entender el escenario de la concentración de empresas, comenzaremos hablando sobre el cártel empresarial, situación que se produce cuando una empresa o un conjunto de empresas se unen para controlar la producción del mercado de forma temporal, teniendo como ventaja principal el poder de la producción y de los consumidores.

Posteriormente a ello, surge el trust empresarial que se produce cuando varias empresas de un mismo sector o de actividades afines que ven mermado su poder económico, jurídico o comercial, se unen para crear una nueva empresa bajo una única dirección. El trust podría dar lugar a un monopolio, debido al control que la nueva empresa tiene sobre una industria.

Adicionalmente a ello, surge el holding, que se produce cuando una persona natural o jurídica adquiere acciones de varias empresas, generando beneficios tributarios ya que

las cargas fiscales de varias empresas sobre una misma cuenta, son menores que las de varias cuentas de empresas distintas.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, debemos señalar que la globalización ha traído efectos inmediatos en el mercado. Las empresas hoy en día están orientadas a reducir sus costos por la ascensión de distintas empresas multinacionales, llevándose a cabo la compra de una empresa por parte de otra (adquisición) o la unión de dos empresas, dando lugar a otra de mayor tamaño (fusión) constituyendo una de las maneras más conocidas en la actualidad para ganar dimensión y competitividad.

2. CONCENTRACION EMPRESARIAL

Oswaldo Hundskopf Exebio conceptúa a la concentración empresarial como *“el fenómeno por el cual dos o más empresas convienen en unir esfuerzos y capitales para obtener un beneficio común”*¹.

Al respecto el profesor argentino MANÓVIL explica que *“La concentración empresarial no es más que un proceso que conduce a la unificación de empresas hasta entonces independientes, para formar empresas mayores”*².

En ese sentido la fusión crea por un lado, una nueva entidad con mayor participación en el mercado en que se desenvuelve resultando ser mayor al que tenían individualmente cada una de las empresas concentradas, pero por otro lado, disminuye el número de competidores y de esa manera puede facilitar la aparición de prácticas concertadas tendientes a fijar los precios para lograr el control absoluto de determinadas industrias y actividades económicas.

La fusión de por sí es un acto de concentración empresarial que permite controlar un mercado reduciendo la competencia en el mismo. La fusión puede ser horizontal para empresas del mismo ámbito, donde se establecerá un punto en común, en virtud de lo cual se disminuirán los puntos competitivos entre ambas empresas y verticales en relación al vínculo con suministradores o clientes, que puede llevar a la pérdida o debilitamiento de viejas conexiones comerciales de las empresas.

¹ Hundskopf Exebio, Oswaldo. “Regulación jurídica de los grupos de empresas”, citado en nota 3, p. XIX.

² CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Las concentraciones de empresas. Madrid, Editorial Colex, 2006, p 35.

La Ley General de Sociedades (en adelante LGS) entiende por fusión la reunión de dos o más sociedades cumpliendo con los requisitos establecidos en la ley (art. 344° de la LGS)³. La LGS reconoce dos formas de fusión, la primera consiste en la fusión por creación que es la unión de dos o más sociedades incorporantes formando una nueva sociedad, lo que origina la extinción de las incorporadas, y la segunda, la denominada fusión por absorción, por la cual dos o más sociedades se incorporan a una ya constituida, extinguiendo la personería jurídica de las sociedades absorbidas.

La fusión tal como lo señala Ulises Montoya Manfredi⁴ puede presentar diversas formas señalándose entre estas las siguientes:

- Compra de acciones o participaciones de capital por una sociedad competidora, que actúa como proveedora o como cliente.
- Compra de activos de una empresa por una sociedad competidora, sea como proveedora o como cliente.
- Compra de acciones, participaciones o activos realizada por una empresa que ejerce el control sobre otras empresas competidoras, que actúa como proveedora o como cliente.
- A través de sociedades holding, mediante la cual una sociedad comercial controla otras empresas por la tenencia de acciones u otras participaciones de capital en manos de dicha sociedad.
- Participaciones recíprocas.
- Por directorios u otros órganos de administración comunes.

En ese sentido, no podemos ser ajenos a nuestra realidad: las economías del mundo están viviendo un proceso de grandes transformaciones. El reto es ser competitivos no solo localmente, sino también internacionalmente, las empresas buscan fusionarse para obtener mayor posicionamiento en el mercado, diversificación, obtención de activos intangibles, etc. Sin embargo, los afanes de poder de las empresas han ido más allá,

³ Artículo 344.-

Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o,
2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.

⁴ ULISES MONTOYA Manfredi "Derecho Comercial". Tomo I pp 534-535.

colisionando con la libre competencia, llegando a distorsionar su fin máximo que es proteger y perjudicar al consumidor.

3. DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Desde un ámbito social, La libre competencia es un principio básico de la Economía social de mercado. Nuestra Constitución recoge este principio de manera expresa en el artículo 61:

“Artículo 61°. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)”

A raíz de lo señalado, podemos afirmar que la libre competencia es un derecho de todos, pero como cualquier derecho, presupone asumirlo con responsabilidades. Es un postulado que busca tutelar de tal manera, que le impone al Estado la obligación de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, así como la de evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante en el mercado nacional.

Muchos piensan que la posición de dominio atentan contra la libre competencia, y ello no es así debido a que una empresa puede haber obtenido la posición de dominio, atrayendo a un mayor número de clientes a través de sus mejores precios, calidad u otras condiciones de venta (es decir, por su mayor eficiencia); lo cual no es cuestionable debido a que beneficia al consumidor. Lo que se protege no es la posición de dominio, sino los abusos de posición de dominio⁵, que resultan ilegales y perjudiciales para el consumidor.

En consecuencia, afirmamos que la defensa de la competencia está orientada al rol promotor que ejerce el estado para combatir contra prácticas de colusión entre empresas y abusos de posición monopólica, concentraciones empresariales que

⁵ Decreto Legislativo N°1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, ley que prohíbe y sanciona la posición de dominio así como las prácticas colusorias.

afecten o puedan afectar el funcionamiento eficiente de los mercados y el bienestar del consumidor.

4. MERCADO COMO PROCESO DINÁMICO Y LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

El mercado es un proceso en permanente movimiento en el que interactúan las personas poniendo de manifiesto sus intereses; es decir una relación entre proveedores y consumidores, cuyos intereses se demuestran en los precios y en la aceptación de los precios, lo que genera una mutua actuación que es la que otorga dinamismo al mercado.⁶

De manera externa a ese dinamismo, se encuentra la función del Estado, que más allá de intervenir en la actividad económica, la regula garantizando el respeto a las reglas de juego que se establecen: economía de mercado, oferta y demanda, restricción de conductas abusivas e ilegales aplicando las sanciones que sean necesarias para que la conducta de los agentes sea legítima y, así, el funcionamiento de la economía sea lo más estable y menos distorsionado posible (...)⁷.

La Economía Social de Mercado consiste en darle a la economía un rostro más humano; es decir no solo se aboca a la protección de la libertad económica, sino que además ésta viene acompañada de un elemento social o también denominado compensación social, todo ello expresado en respetar las iniciativas empresariales, pero con una salvedad: impedir que con dichas iniciativas se viole o restrinja la libre competencia.

Debemos precisar que la defensa de la competencia y la Economía Social de Mercado, constituyen los fundamentos constitucionales para que exista un control de fusiones en nuestro país. Consideramos que si con la fusión o las concentraciones económicas se

⁶ DURAND CARRION, Julio. " Construyendo un Sistema de Control de Fusiones para evitar Distorsiones en la Libre competencia

⁷ Herzka, Claudio. Elementos para una reforma del sector público peruano en el contexto de una economía de mercado. Lima, GRADE, 1996. Pág.

llega a afectar la libre competencia, el estado debe intervenir, a través de la regulación del control de fusiones, a efectos de proteger al consumidor.

5. COMENTARIOS A LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLIGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO

Por otro lado, la industria eléctrica en el Perú es un sector ampliamente regulado. Está sometida a regulación tarifaria, a regulaciones técnicas, ambientales, de seguridad; y finalmente, está regulada en cuanto al control de fusiones. Debemos precisar que este sector es el único en la economía de nuestro país que posee un control de fusiones y que se enmarcó dentro de una reforma en el mercado eléctrico.

Así pues, la reforma comenzó a finales del año 1992, cuando el mercado eléctrico tuvo un proceso de liberalización con la entrada en vigencia del Decreto Ley N°25884⁸, Ley de Concesiones Eléctricas. La mencionada norma desarticuló el monopolio del sector eléctrico, segmentándolo en tres actividades: (i) Generación; (ii) Transmisión y (iii) Distribución, actividades que podían ser desarrolladas por el privado. En ese sentido, el artículo 122⁹ nos permite evidenciar un antecedente importante al control de fusiones, estableciendo lo siguiente:

“Las actividades de generación y/o de transmisión pertenecientes al Sistema Principal y/o de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de éste, salvo lo dispuesto en la presente Ley.”

La finalidad del mencionado artículo es evitar que un mismo titular de una concesión eléctrica, las personas jurídicas o naturales que la controlan, ejerzan directa o indirectamente, actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica, de tal

⁸ El Reglamento del Decreto Ley de Concesiones Eléctricas fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2003-EM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de febrero de 1993.

⁹ Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Oligopolio del Sector Eléctrico.

manera que no se genere una disminución, daño o restricción a la competencia en los mercados de las actividades mencionadas.

Posteriormente, con fecha 19 de noviembre de 1997, se publicó la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, que establece en su artículo 1° lo siguiente:

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

La Ley señala que por concentración se entiende la realización de los siguientes actos:

- Fusión
- Constitución de una empresa en común
- Adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación "joint venture", asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares.
- Adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector;
- Cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

Adicionalmente a ello, se estableció como autoridad competente para controlar las operaciones de fusiones y adquisiciones en el sector eléctrico, a la Comisión de Libre

Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI, en primera y en segunda instancia respectivamente. En ese sentido, se deberá solicitar la autorización previa del proyecto de fusión a la mencionada comisión, ya que sin esa aprobación el proyecto no podrá realizarse, ergo no tendrá ninguna consecuencia legal.

Cabe resaltar, que la norma señala que no solo están sujetos al control de concentraciones, los actos comprendidos en el territorio nacional sino también los actos de concentración que de realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional.

Sin embargo, cabe preguntarnos qué condiciones hacen exigibles estas autorizaciones previas. ¿Son criterios basados en la evidencia empírica o en una improvisación para establecer simples porcentajes?

La ley dispone ciertas condiciones, relacionadas a las concentraciones horizontales¹⁰ y verticales¹¹, mencionadas anteriormente. Para las primeras, cabe autorización previa por parte de la Comisión, cuando las empresas posean un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado; y para las segundas, cabe autorización previa por parte de la Comisión, cuando las empresas posean un porcentaje igual o mayor al 5% del mercado.

Si queremos ir más allá, debemos revisar el Decreto N° 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley N° 26876, cuya finalidad es establecer procedimientos, notificaciones, determinar el cálculo de los porcentajes de la participación de las empresas involucradas en la operación de fusión y con miras a la concentración. El Reglamento señala que los proyectos de fusión son examinados cuidadosamente por la Comisión de libre

¹⁰ La Concentraciones horizontal consiste en la unión entre productores y proveedores de un mismo tipo de bien o servicio y que participan en un mismo mercado, dicho concepto participa de matices, donde no se requiere necesariamente que los bienes sean idénticos; si no que basta que puedan ser sustitutos el uno del otro. En LIZANA, Claudio y PAVIC, Lorena "Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios" *Revista Chilena de Derecho* Vol. 29 Nro. 3 Sección Estudios (2002) Página 509

¹¹ La Concentración Vertical es aquella que intenta concentrar todas o la mayor parte de las fases de un mismo proceso productivo, lo que también se aplica a empresas de la misma industria pero que operan en diferentes etapas del proceso de producción. En *Enciclopedia Económica*.

competencia de INDECOPI, quien evaluará, tomará una decisión y hasta aplicará sanciones por no cumplir con lo establecido.

Indudablemente, las reformas que hemos podido apreciar en el sector eléctrico han consistido en el reemplazo del monopolio estatal verticalmente integrado en todas sus etapas, por un esquema con operadores privados y mecanismos de competencia.

Coincidimos con el Doctor Julio Durand, al señalar que *“El estudio del control de fusiones es importante puesto que es un instrumento que nos permite garantizar la existencia de competencia en un mercado. Se constituye en el motor que genera mayor bienestar social para el fin último del mercado: el consumidor”*¹².

Consideramos que el control de fusiones es un tema muy polémico, que por años ha dividido a la doctrina entre los que están a favor y los que están en contra, pero ello será un tema que desarrollaremos más adelante, por lo pronto nos adelantamos a decir que el control de fusiones en el sector eléctrico ha sido una experiencia muy importante para la regulación de las concentraciones que propugnen prácticas abusivas y perjudiquen al consumidor. Experiencia que no podemos dejar de lado, para la toma de decisiones en aras de protección al consumidor.

5.1 APROBACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA QUE INTERPRETA LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 5 DE LA LEY 26876, LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLIGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO

El Tribunal de el INDECOPI ha emitido un precedente de observancia obligatoria (Resolución N° 0623-2014-SDC-INDECOPI emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI) publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 01 de Noviembre de 2014, en virtud del cual interpreta el artículo 5 de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, estableciéndose que las condiciones de comportamiento y/o conducta a las que se somete a una empresa que

¹² DURAND CARRION, Julio. “Construyendo un Sistema de Control de Fusiones para evitar Distorsiones en la Libre competencia.

fusióna sus activos, deben ser revisadas periódicamente a fin de determinar si las restricciones impuestas deban mantenerse o no.

Sobre el particular, en los casos que el INDECOPI sujete la aprobación de una operación de concentración empresarial al cumplimiento de una condición de conducta, debe entenderse que dicha restricción deberá estar asociada a un horizonte temporal, luego del cual la autoridad competente deberá revisar las características y el entorno competitivo del mercado, a efectos de determinar si resulta pertinente o no mantener la restricción impuesta.

A su vez, se establece que las empresas puedan solicitar cuando lo estimen pertinente, las revocaciones de las condiciones impuestas de acuerdo a la Ley N° 27444.

El artículo 5 de dicha norma establece que si de la investigación o del procedimiento respectivo resultará que los actos de concentración pudiesen tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su caso, podrán imponer restricciones con el objetivo de garantizar un adecuado nivel de competencia una vez realizado el acto de concentración.

6. COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY N° 972/2011-CR LEY DE PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA EFICIENCIA EN LOS MERCADOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

Como hemos podido apreciar, solo el sector eléctrico tiene una regulación específica sobre el control de fusiones, no extendiéndose a otros sectores de la economía de nuestro país, hasta el proyecto de Ley de Defensa de la Competencia presentado por el INDECOPI para discusión pública a finales del año 2004. El referido proyecto incorpora un procedimiento de control o autorización de operaciones de concentración empresarial, horizontales o verticales, como mecanismo para defender la competencia a través del análisis previo de las futuras estructuras económicas que se vayan a crear en un mercado como consecuencia de tales operaciones. A la fecha el mencionado proyecto no ha sido aprobado por razones de polémica y división de pensamientos que genera.

En Abril de 2012, la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso presentó el Proyecto de Ley N° 972/2011-CRT, Ley de promoción de la libre competencia y la eficiencia en los mercados para la protección de los consumidores, con relación al establecimiento de un control de fusiones obligatorio para todos los sectores económicos del Perú.

Todos los países con economías de libre mercado tienen control de fusiones. El Perú es uno de los pocos países en el mundo que no cuenta con esta regulación, a pesar de los ya más de 20 años de aplicación de políticas de competencia y de normas de libre competencia con la excepción de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (Ley 26876) que sí contempla la regulación pertinente para dicho sector.

En ese sentido, luego de tener las ideas fundamentales respecto al control de fusiones consideramos como punto controversial si involucrarían menos costos tanto para las empresas interesadas en la operación como para la Administración Pública en la regulación de fusiones; es decir, hay un temor por parte de los inversionistas respecto al control previo de los procesos de fusión y adquisición.

El Proyecto en mención, busca el establecimiento de un régimen de evaluación previa de los actos de concentración empresarial, la creación de un sistema de control previo de concentraciones empresariales que antes solo operaba en el sector eléctrico, solicitando autorización previa del INDECOPI en el caso de las concentraciones que involucren tanto concentraciones horizontales como verticales¹³.

Así, como lo señala el artículo 05 del Proyecto de Ley en mención, las concentraciones empresariales sometidas al procedimiento de autorización previa, los actos empresariales en los que:

a) Las empresas involucradas en el acto de concentración empresarial registren, individual o conjuntamente, en el balance del año anterior ventas brutas anuales o volumen total de negocios en el país iguales o superiores a 100 000 UIT (cien mil Unidades Impositivas Tributarias).

¹³ Semana Económica N° 1310 (19.02.2012): Con licencia para fusionar. Un análisis del proyecto de ley y sus posibilidades de prosperar

b) Al menos una de las otras empresas involucradas en el acto de concentración empresarial registre en el balance del año anterior ventas brutas anuales o volumen total de negocios en el país iguales o superiores a 10 000 UIT (diez mil Unidades Impositivas Tributarias).

Por lo cual, el INDECOPI podrá autorizar y poner condiciones conforme a las operaciones a realizarse regulando los efectos que podrían reflejarse en el mercado. Por lo tanto, el INDECOPI como autoridad competente, regularía periódica y constantemente estas operaciones.

En ese sentido, todas las operaciones de concentración que involucren empresas que superen determinado umbral de ventas, conforme a lo mencionado, deberán ser notificadas en un plazo máximo de diez días hábiles desde la fecha de conclusión del acuerdo o contrato. Posteriormente, este Proyecto, propone un sistema de notificación obligatoria, en cuanto se sobrepasen las empresas umbral, deberán solicitar la autorización del INDECOPI para llevar a cabo cualquier operación de concentración; por lo cual, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI verificará la información aportada por las empresas e iniciará un proceso de investigación de treinta días hábiles, el que podrá ser extendido en 90 días adicionales dependiendo del caso. Consecuentemente, después de la investigación, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI emitirá una resolución en la que puede prohibir la operación, aceptarla con condiciones específicas y/o aceptarla sin condición alguna. Cabe señalar, que la decisión de la Comisión puede ser apelada ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI,

Por lo tanto, según el Proyecto, el objetivo del control sería *“promover la competencia y eficiencia económica para el mayor bienestar de los consumidores, a través de la evaluación previa de los actos de concentración empresarial, autorizando aquellos actos que no provoquen una disminución sustancial de la competencia”*¹⁴.

¹⁴ Proyecto de Ley N° 972/2011-CR, abril 2012, páginas 22-23

7. OPINIONES EN CONTROVERSIA

Como mencionamos anteriormente, el control de fusiones es un tema muy polémico, y que sin duda, ha generado innumerables debates y opiniones al respecto. A continuación la opinión de algunos tratadistas expertos en estos temas.

A FAVOR	
Antonio Creus	Julio Durand Carrión
<p>Señala que:</p> <ul style="list-style-type: none">• <i>“El control de concentraciones es muy positivo para el mercado teniendo las medidas y salvaguardas adecuadas.</i>• <i>El control de difusiones permite una relación directa con el mercado.</i>• <i>El control de Difusiones Europeo ha funcionado muy bien por lo tanto vale la pena seguirlo y ponerlo en práctica en América Latina también.”</i>	<p>Señala que:</p> <ul style="list-style-type: none">• <i>“El tema es por demás polémico y necesariamente se requerirá voluntad política para regularlo. Pero vale la pena intentarlo a cambio de tener un mercado libre de obstáculos, distorsiones y limitaciones, y sobre todo, pensando en el soberano del mercado: el consumidor.”</i>

EN CONTRA	
Alfredo Bullard	Luis diez Canseco
<p>Señala que:</p> <ul style="list-style-type: none">• <i>“Una economía pequeña como la nuestra no existe la debida capacidad, infraestructura ni las herramientas</i>	<p>Señala que:</p> <ul style="list-style-type: none">• <i>Lo que está en juego no es una Ley sino la DEMOCRACIA ya que las sociedades civilizadas tienen que</i>

<p><i>adecuadas para crear un control de concentraciones que verdaderamente sea CONFIABLE como existen en otros países”.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>“(…) Necesariamente el sistema se crea con una ley pero si no existen las herramientas será literalmente una “LEY” y no será un sistema de control de concentraciones o difusiones”.</i> 	<p><i>ejercer una capacidad democrática sobre las grandes empresas. La decisión actual es NO CONTROLAR las fusiones porque se denomina Intervencionismo Estatal lo cual trasgrede a la democracia.</i></p>
--	--

8. LEGISLACION COMPARADA

En la actualidad existen muchos países que han incorporado, dentro de sus políticas de Defensa de la Competencia, el control concentraciones. De acuerdo a ello, coincidimos con lo señalado por La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos¹⁵ (en adelante OCDE) al mencionar que es el momento de dejar de lado el discurso especulativo y colocar al país a tono con la legislación mundial. Esta exigencia es, además, una necesidad en el momento en que la política comercial peruana se encamina a la firma de distintos tratados de libre comercio, con los cuales nuestra economía estará expuesta a la acción económica de grandes grupos de inversión que, a su vez, están sometidos en sus países a mecanismos similares al que se pretende implementar en el Perú.

El país pionero en establecer control de fusiones es, sin duda, Estados Unidos; sin perjuicio de ello, existen otros países cuyo avance relativo en este tema es mayor al que existe en otras áreas de la política de defensa de la competencia, nos referimos a La Unión Europea que ha desarrollado en los últimos años todo un conjunto de procedimientos que se aplican a los casos de concentraciones y fusiones que afectan a más de un país miembro de esa confederación de estados. Países latinoamericanos como Brasil y México tienen también normas bien estructuradas que se aplican a

¹⁵ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos es un organismo de cooperación internacional, compuesto por 34 estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. La OCDE fue fundada en 1960 y su sede central se encuentra en el Château de la Muette, en París (Francia).

operaciones de adquisición, fusión o unión empresarial que puedan afectar sus economías. A continuación se señalará un cuadro de algunos países que regulan el control de fusiones y los límites de porcentajes necesarios para que la autoridad competente autorice la fusión.

PAISES	REGULACION EN EL CONTROL DE FUSIONES
ESTADOS UNIDOS	<p>El procedimiento de control previo de las fusiones y adquisiciones en EEUU tiene el objetivo de anticipar en el tiempo las posibles acciones legales de las autoridades de defensa de la competencia, y evitar de ese modo iniciar procesos de desmembramiento una vez que las concentraciones han tenido lugar. La idea detrás de esto es que los procesos de desmembramiento son siempre mucho más costosos (tanto para el estado como para el grupo empresario involucrado) que los procesos de inhibición previa de los actos de concentración o fusión</p> <ul style="list-style-type: none"> • El límite por encima del cual la operación debe informarse está definido por dos parámetros: <ul style="list-style-type: none"> ❖ Por un lado, la empresa compradora debe tener activos o ingresos por ventas superiores a los U\$\$ 100 millones y la adquirida debe tener activos o ingresos por ventas superiores a los U\$\$ 10 millones. ❖ Por otro lado, el monto de la operación debe superar los U\$\$ 15 millones o representar más del 15% del paquete accionario o de los activos de la empresa adquirida.

<p style="text-align: center;">LA COMUNIDAD EUROPEA</p>	<p>De acuerdo al El Reglamento Europeo (CE)¹⁶, La Comisión Europea tiene facultades de investigación, y de decisión respecto de las concentraciones y fusiones que tengan lo que ellos denominan "dimensión comunitaria". Dicho poder de decisión implica la posibilidad de aplicar sanciones tales como desautorizar una fusión o adquisición, separar empresas o activos agrupados y aplicar multas a las entidades involucradas.</p> <ul style="list-style-type: none"> Las operaciones de concentración o fusión con dimensión comunitaria se definen por el volumen de negocios de las empresas involucradas y por el hecho de que más de un estado miembro de la Comunidad se encuentre significativamente afectado por la operación en cuestión. Al respecto, los ingresos por ventas del conjunto de empresas afectadas debe superar los 5000 millones de euros a nivel mundial y los 250 millones de euros dentro de la Comunidad Europea (límites que resultan considerablemente más elevados que los que se usan en Estados Unidos)
<p style="text-align: center;">BRASIL</p>	<p>La ley brasileña de defensa de la competencia (ley 8884, de 1994) incluye un capítulo dedicado al control de actos y contratos, en el cual se sientan las bases del sistema de notificación de las concentraciones y fusiones a cargo del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE). Dicha notificación es necesaria en operaciones en las cuales</p>

¹⁶ El Reglamento Europeo (CE), 139 de fecha 20 de Enero de 2004, sobre el control de concentraciones de empresas (Reglamento comunitario de concentraciones), establece en su considerando 6 que "Con arreglo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establecidos en el artículo 5 del tratado, el presente reglamento no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar que no se distorsione la competencia en el mercado.

	<p>una de las partes tenga un nivel de ventas anual superior a los 400 millones de reales o el grupo económico que se forma tenga una participación en el mercado superior al 20%. La notificación debe realizarse dentro de los 15 días de producida la adquisición, fusión o unión empresarial, y representa por lo tanto un procedimiento de "control posterior" (en vez de control previo) de las operaciones, para el cual el CADE tiene 60 días para expedirse inicialmente sobre su procedencia. Al igual que en el sistema europeo, la autoridad administrativa de defensa de la competencia tiene en Brasil facultades para aplicar multas y para suspender, aprobar modificaciones o deshacer la operación. Sin embargo, por lo común el CADE condiciona las operaciones, dada las dificultades involucradas en una orden de deshacer operaciones ya realizadas.</p>
<p>MEXICO</p>	<p>La ley federal de competencia económica de 1992 contiene un capítulo específico dedicado a las concentraciones. El mismo establece que la Comisión Federal de Competencia tiene facultades de investigación y sanción de dichos actos, y crea también un procedimiento de control previo que es obligatorio para el caso de operaciones que superen los 12 millones de salarios mínimos o involucren empresas cuyos niveles de ventas anuales o de activos sumen más de 48 millones de salarios mínimos¹⁷. El período de espera que la ley mexicana establece es de 45 días, el cual puede ampliarse a 60 días, al final del cual la Comisión puede decidir la aprobación de la concentración.</p>

¹⁷ El salario mínimo mensual del distrito Federal corresponde a 2,045.616 pesos, de acuerdo a lo publicado por la Secretaria del trabajo y previsión social al 01 de enero de 2014.

9. RECOMENDACIONES PARA UN PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE FUSIONES

No cabe duda, que la instauración de un procedimiento de control previo de concentraciones y fusiones debe estar llevarse con sencillez, rapidez y eficiencia en el uso de los recursos dedicados al análisis de las operaciones. De lograr establecerse un procedimiento de control previo en los demás sectores de nuestra economía, tendría que establecerse un procedimiento relativamente breve para la gran mayoría de los casos, teniendo como objetivo primordial las fusiones y adquisiciones más grandes que tengan incidencia en demasía en la economía como un todo.

Por otro lado, el límite mínimo por encima del cual el organismo de aplicación de la ley debe recibir información acerca de las operaciones de concentración y fusión, se configura en valores absolutos (tal como lo hacen las legislaciones estadounidense, europea y mexicana) o límite en términos de participación de mercado (como aparece en la legislación brasileña). Esta última alternativa, aparentemente resultaría ser la adecuada en la medida que al conocer el porcentaje de participación que se tendría en el mercado, resultaría factible determinar si la fusión distorsiona o no la libre competencia; sin embargo, existe la gran desventaja de que la participación de mercado es normalmente una información, que puede ser fácilmente objetada, discutida y sobre todo eludida ampliando el mercado relevante más allá de sus límites reales. En ese sentido, consideramos que el límite por encima del cuál las empresas deben informar sus operaciones de concentración y fusión debe establecerse en términos absolutos, y tener en cuenta tanto el volumen de la operación como el volumen de negocios de las empresas involucradas.

De regularse el control de fusiones, resultaría pertinente que INDECOPI especifique cuáles van a ser sus criterios de evaluación y sus procedimientos básicos para aprobar, condicionar o desautorizar las operaciones de concentración y fusión, a fin de permitir el adecuado ejercicio de la defensa de los derechos de las partes involucradas y evitar una capacidad de decisión discrecional que podría resultar peligrosa. En ese sentido, creemos conveniente regular el control de fusiones en los demás sectores de nuestra economía sin llegar al extremismo de suprimir ni reducir la libertad de asociación. A través del control previo de las fusiones o adquisiciones de acciones, se busca evitar

una desmesurada concentración empresarial, que derive en monopolios u oligopolios en perjuicio del consumidor final.

10. CONCLUSIONES

Consideramos que es una necesidad regular el control de fusiones tornándolo como un mecanismo de defensa de la libre competencia, toda vez que existiría una autoridad competente (INDECOPI) que busca proteger el bienestar del mercado pero también busca la protección del bienestar de los consumidores, ya que a través del INDECOPI, se podrá determinar mediante un estudio especializado el acto de concentración, generándose el beneficio a los consumidores no sólo en la reducción del precio del producto sino también por una mejora en la calidad del producto o servicio ofrecido por el proveedor.

Por otro lado, precisamos que el control de fusiones no es inconstitucional, ya que no afecta el derecho a la libertad de empresa. El control de fusiones tiene como fin proteger a los consumidores en un mercado de libre competencia.

Asimismo, en cuanto a la inseguridad de los inversionistas, resulta evidente que en la actualidad la mayoría de países desarrollados de los que podrían provenir los inversionistas disponen de normas de control de concentraciones empresariales en todos los sectores económicos; algunos más rigurosos que otros, pero siempre se sigue una práctica común. De ello se deduce que los inversionistas se encuentran acostumbrados a ese tipo de sistemas y su existencia resulta una variable más en la evaluación de riesgos de inversión.

BIBLIOGRAFÍA

- Hundskopf Exebio, Oswaldo. "Regulación jurídica de los grupos de empresas", citado en nota 3, p. XIX.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Las concentraciones de empresas. Madrid, Editorial Colex, 2006, p 35.
- ULISES MONTOYA Manfredi "Derecho Comercial". Tomo I pp 534-535.
- DURAND CARRION, Julio. " Construyendo un Sistema de Control de Fusiones para evitar Distorsiones en la Libre competencia
- Herzka, Claudio. Elementos para una reforma del sector público peruano en el contexto de una economía de mercado. Lima, GRADE, 1996.