

*El moderno control de fusiones económicas
en la defensa de la libre competencia*

DIEGO E. CARRILLO PURIN

EL MODERNO CONTROL
DE FUSIONES ECONÓMICAS
EN LA DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA

*Una necesaria revisión de los argumentos
que se oponen a su implementación en el Perú*

ECB EDICIONES



THOMSON REUTERS

ECB Ediciones S. A. C.
Año 2015
Derechos reservados
D. Leg. 822 (22.04.96)
web: www.revistajuridica.com.pe
correo electrónico: tr.publicaciones@thomsonreuters.com

© Diego E. Carrillo Purin

Año 2015
Derechos reservados
D. Leg. 822 (22.04.96)

Prohibida la reproducción total o parcial
sin la autorización expresa del editor.
Depósito legal - Ley 26905 (20.12.97)

Editor: ECB Ediciones S. A. C.
Av. San Borja Sur 1170
San Borja, Lima - Perú
Año 2015 - 300 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N°
Registro ISBN:
Registro del Proyecto Editorial:

Segunda edición, marzo 2015

Artista gráfico
Luis Z.

Impresión y encuadernación
Editorial Tinco S. A.
Calle Arquímedes 114
Urb. La Campiña. Chorrillos

*No me habría atrevido a emborronar estas cuartillas
sin la confianza de mis padres, Camilo y Maritza.*

A ellos, mi eterna gratitud y admiración intelectual.

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	11
-------------------	----

CAPÍTULO I NOCIONES GENERALES: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1. La defensa de la libre competencia en los mercados.....	17
1.1. Evolución de la intervención del Estado en la economía. Aparición de las políticas de defensa de la competencia	17
1.2. Objetivo de la defensa de la libre competencia en los mercados. Las políticas de control de conductas (<i>ex post</i>) y estructuras (<i>ex ante</i>).....	23
2. La liberalización de los mercados y la aparición de las leyes <i>antitrust</i> en el Perú.....	27
2.1. De la economía controlada a la liberalización de los mercados	27
2.2. La creación de la agencia de competencia peruana: el Indecopi	31
2.3. El marco normativo <i>antitrust</i> peruano y la omisión del control de estructuras	35
2.4. Situación del grado de concentración en los mercados peruanos	39
Conclusiones del capítulo.....	45

CAPÍTULO II TRATAMIENTO DEL CONTROL DE FUSIONES A NIVEL INTERNACIONAL

1. Los Estados Unidos de América	53
1.1. Primera etapa: 1880 a 1914.....	54

1.2. Segunda etapa: 1914 a 1950	59
1.3. Tercera etapa: 1950 a 1976	61
1.4. Cuarta etapa: 1976 a 2010	67
2. Unión Europea	73
2.1. Primera etapa: 1950 a 1989	74
2.2. Segunda etapa: 1989 a 2010	84
Conclusiones del capítulo.....	93

CAPÍTULO III
CONCEPTOS MODERNOS EN TORNO A
LA EVALUACIÓN DE LAS OPERACIONES DE
CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

1. Clasificación de un acto como concentración económica	102
1.1. Elementos que configuran una concentración empresarial para el derecho de la competencia	102
1.2. Clases de concentración económica para el derecho de la competencia	106
2. Determinación del poder de mercado	127
2.1. Definición directa del poder de mercado. El índice de Lerner y la elasticidad precio de la demanda	128
2.2. Definición indirecta del poder de mercado. Definición del mercado relevante	130
2.3. Estándar legal aplicable a las fusiones. Del test de dominancia al de reducción sustancial de la competencia	142
3. Valoración de los efectos de una concentración económica en la libre competencia.....	146
3.1. Razones por las cuales una empresa decide fusionarse en el mercado	147
3.2. Conceptos de eficiencia en la teoría económica que guían la moderna aplicación de control de estructuras	150
3.3. Clases de mercados: competencia perfecta, monopolio y oligopolio.....	166
3.4. Clases de efectos anticompetitivos de una concentración económica en los mercados	171
Conclusiones del capítulo.....	182

CAPÍTULO IV
EL CONTROL DE CONCENTRACIONES
ECONÓMICAS EN EL PERÚ

1. El control de concentraciones económicas en el sector eléctrico peruano	189
1.1. Marco normativo del control de concentraciones económicas en el sector eléctrico.....	189
1.2. Experiencia de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en la aplicación del control de concentraciones económicas en el sector eléctrico.....	208
2. Discusión del primer Proyecto de Ley sobre el control de concentraciones económicas.....	217
Conclusiones del capítulo.....	226

CAPÍTULO V
PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL
CONTROL DE FUSIONES EN EL PERÚ

1. Mitos creados en torno al control de concentraciones económicas en el Perú. Una desmitificación necesaria.....	234
1.1. Tamaño de la economía peruana recomienda no aplicar el control de concentraciones económicas	235
1.2. Condiciones de mercado abierto y normas de control de conductas bastan para combatir prácticas restrictivas de la libre competencia	240
1.3. Costo alto para la Administración Pública y falta de experiencia en la agencia de competencia peruana	245
2. La coherencia de implementar el control de fusiones en el Perú. ¿Es posible evadir las normas de libre competencia a través de una fusión económica?	248
Conclusiones del capítulo.....	256
Bibliografía	265

INTRODUCCIÓN

Las reformas económicas, impulsadas en nuestro país a inicios de los años noventa, propiciaron la consolidación del modelo de economía de libre mercado aplicado en los Estados modernos. De estos cambios, destacamos la creación de una agencia de competencia y diversas disposiciones encaminadas a proteger el sistema económico como abstracción.

Con dichas reformas, surgió un océano de normas dirigidas a establecer una economía de libre mercado, tales como las normas de reestructuración empresarial, la competencia desleal, la propiedad intelectual y la libre competencia.

En relación con esta última, llama la atención que a la agencia de competencia se le haya otorgado la facultad de perseguir las conductas anticompetitivas que los agentes económicos desplegasen en el mercado (control de conductas), pero que no se le permitiera investigar las operaciones de concentración empresarial que pudiesen generar efectos negativos a la competencia en los mercados (control de estructuras).

Dicha omisión preocupa si consideramos que el fenómeno natural de la concentración de capitales en los mercados provocó que los Estados modernos diseñaran mecanismos legales para la defensa de la libre competencia, entre los cuales se encuentra la necesidad de revisar ciertas operaciones de concentración empresarial, cuya magnitud y características podrían menoscabar significativamente las libertades de competencia o concurrencia que el propio sistema de economía de libre mercado quería garantizar.

A pesar de ello, desde el inicio del proceso de apertura económica, en nuestro país un sector de la doctrina mostró una inusual resistencia para que se lleve a cabo la implementación del control de estructuras. Dicho sector sostiene que se pueden agrupar en la presunta restricción que se generaría en el crecimiento de la economía peruana, así como que el mercado y las normas de control de conductas serían suficientes para combatir adecuadamente toda práctica anticompetitiva. Un argumento adicional señala que su aplicación implicaría un alto costo para la Administración Pública, lo que, sumado a la

falta de experiencia de la agencia de competencia, haría difícil su implementación.

Tal resistencia a la aplicación del control de estructuras, a todas luces, justifica la publicación de este estudio, en el cual se revisará la veracidad de los referidos argumentos, cuya postulación ha contribuido —como un rompeolas— a menguar la tendencia mundial de los foros académicos y políticos que consideran al control de estructuras como una moderna herramienta jurídica para la defensa de la libre competencia, lo que ha llevado a que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) describan a nuestro país como uno de los países que considera, cada vez menos, dichas políticas en su legislación *antitrust*.

Es importante advertir que las fronteras del presente trabajo están dirigidas hacia dichos argumentos específicos, ya que existen asuntos relacionados con el control de estructuras en el derecho de la competencia que, aunque interesantes, han debido ser excluidos. Se han tomado las previsiones necesarias para hacer notar al lector en qué circunstancias o materias específicas su desarrollo no ha merecido una mayor profundidad, pues no corresponden con los objetivos del presente libro.

Las premisas empleadas por quienes se oponen a la aplicación del control de estructuras tienen su causa directa en el desconocimiento de los alcances modernos de dicha figura. O, en otras palabras, que los argumentos que impiden que el Perú adopte este mecanismo de defensa de la libre competencia consideran límites y alcances irreales del moderno control de estructuras, y llegan a conclusiones de apariencia verdadera pero científicamente falsas. Ello nos permitirá exponer por qué resulta idónea la implementación del control de estructuras en nuestro país.

Debo confesar que al principio me sentí abrumado por ideas tan simples como la que afirmaba que el control de estructuras restringiría el crecimiento económico o la que aseguraba que las normas de control de conductas vigentes combaten todas las prácticas anticompetitivas, recelo que podría nacer en cualquier estudiante de derecho que conozca el difícil tránsito que ha merecido el reconocimiento de las libertades económicas que integran la libre iniciativa empresarial.

A ello podemos sumar que la educación liberal que nos fuera enseñada en las aulas genera cierta primaria aversión frente a términos como *control*,

más aún si se aplica a las fusiones que, por antonomasia, constituyen actos que reflejan la libre actividad empresarial ampliamente reconocida en nuestra legislación.

Mientras duraba la investigación que dio origen a este libro, nos dimos con la sorpresa de que, muy alejado de los rasgos otorgados por cierto sector de la doctrina, el control de fusiones corresponde a una de las formas de defensa de la libre competencia más liberales que existen, pues su objetivo fundamental es evitar los cambios estructurales que ocasionan una reducción significativa de la competencia (los que, como diría César Vallejo, son pocos, pero son). Es importante advertir de antemano que dicha revisión de las concentraciones empresariales constituye un sistema residual en el cual solo unas pocas operaciones de considerable magnitud son revisadas previamente a su ejecución.

Sin ahondar más, creemos que la resistencia a la implementación de estructuras está influida por el hecho de ser un mecanismo legal que podría (erróneamente) asemejarse a las políticas intervencionistas aplicadas en décadas pasadas, aunque sus alcances modernos disten mucho de tales costas. Por ello, hemos centrado nuestro estudio en el análisis de los alcances modernos del control de estructuras como un mecanismo de defensa de la libre competencia, que se enfoca en los elementos que permitan validar la hipótesis planteada sobre la falsedad de las ideas que han impedido su aplicación en nuestro país.

En primer lugar, describiremos las bases teóricas y prácticas necesarias para una correcta comprensión de la aplicación moderna del control de estructuras en la defensa de la libre competencia en los mercados, lo que permitirá dilucidar la veracidad o falsedad de los argumentos que se han opuesto a su implementación en nuestro país. Posteriormente, determinaremos si resulta coherente, con la obligación del Estado peruano de vigilar y facilitar la libre competencia, que nuestro sistema *antitrust* omita el control de estructuras para todos los mercados.

De allí se desprenden otros objetivos intermedios o instrumentales, como definir las diferencias entre una primitiva y una moderna etapa de aplicación del control de estructuras, establecer con precisión cuándo existe un acto de concentración empresarial para el derecho de la competencia, explicar los efectos procompetitivos y anticompetitivos que pueden generar en los mercados, así como la recepción que ha merecido en el sector eléctrico peruano, los

cuales serán expuestos con mayor detalle en la presentación de los capítulos en los próximos párrafos.

Consideramos prudente advertir al lector que, en palabras del profesor Mark Furse,¹ el control de fusiones es un área del derecho de la competencia que en simultáneo resulta fascinante y compleja, no solo por el aporte que ha significado para la defensa de la libertad de competir, sino porque su comprensión requiere del estudio de conceptos jurídicos y económicos que en conjunto sirven como si de un catalejo se tratase para apreciar e interpretar sus modernos alcances.

Siguiendo al profesor Luis Diez Canseco,² podemos agregar que para un estudiante de Derecho, y la comunidad jurídica en general, el factor que convierte de suyo interesante al estudio del derecho de la competencia es que su aplicación práctica exige la comprensión de las distintas características y complejidades de cada mercado, lo que nutre pletóricamente los conocimientos en la práctica legal.

Con estas consideraciones, nos enfocamos en qué consiste el control de fusiones económicas, cómo se aplica, a qué filosofía responde, cómo ha evolucionado en el tiempo, entre otros factores. En total, son cinco capítulos que se entrelazan con el objetivo común de absolver el problema planteado.

En el capítulo I se expondrán las ideas que conciben al derecho de la competencia como un instrumento para la defensa de la libre competencia, las nociones básicas de su aplicación, así como un acercamiento a su aparición en nuestro país y el grado de concentración de los mercados peruanos, lo que permitirá aterrizar los conceptos sobre la materia en un espacio-tiempo definido. Estas consideraciones servirán al lector de guía para la interpretación de la materia tratada.

Seguidamente, con los elementos cognitivos básicos, en el capítulo II trataremos el estudio del control de fusiones en los sistemas estadounidense y europeo de derecho de la competencia. La elección de ambos sistemas es intencional; sus propuestas legislativas han servido de *benchmark* para los marcos normativos de protección de la libre competencia expandidos por el mundo. La principal, aunque no única, utilidad de este apartado es el trazar

1 Furse, Mark, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*. Oxford: Hart Publishing, 2007, Prefacio.

2 Obtenido de la exposición realizada los días 15 y 17 de septiembre del 2009 por el profesor Luis José Diez Canseco Núñez, en la Escuela de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, a propósito del Primer Curso de Especialización en Derecho de la Competencia.

una distinción entre una etapa aún primitiva en la aplicación del control de fusiones y el contraste con los modernos principios que rigen su aplicación en la actualidad.

En el capítulo III expondremos un estudio más acucioso de los preceptos modernos del control de fusiones en el derecho de la competencia, lo que permitirá conocer en la práctica cuáles son los elementos de análisis de las fusiones que determinan las circunstancias en las que podrían ocasionar un significativo daño a la competencia efectiva. Esta sección pone énfasis en los criterios económicos y jurídicos del derecho de la competencia para la investigación del cómo y cuándo una fusión ocasiona efectos procompetitivos o anticompetitivos en el mercado.

Con todo y lo anterior, en el capítulo IV se realizará el estudio de la implementación restrictiva del control de fusiones en el sector eléctrico, lo que permitirá reconocer si la agencia de competencia peruana ha utilizado los principios modernos en el análisis de las concentraciones empresariales. Con oportunidad de hacer encallar aún más los conceptos desarrollados, se realizará un análisis crítico de una propuesta legislativa que intentó, sin éxito, ampliar la aplicación del control de concentraciones en los demás mercados, conforme las propuestas de este libro.

Así, las conclusiones de los apartados anteriores llevan al capítulo V, en el cual abordaremos los principales argumentos del sector de la doctrina que han inhibido la introducción del control de fusiones en las políticas de defensa de la libre competencia en nuestro país, entre las que se encuentra una presunta restricción al crecimiento de la economía, la aparente capacidad del mercado y las normas de control de conductas de combatir toda práctica anticompetitiva, y una supuesta falta de experiencia de la agencia de competencia y alto costo que generaría para la Administración Pública.

La materia tratada, entonces, presenta una complejidad particular por el uso de razonamientos económicos que deben ir de la mano con los criterios jurídicos del derecho de la competencia. A pesar de que este es un estudio eminentemente jurídico, la comprensión del fenómeno de las fusiones y su control requiere necesariamente un enfoque multidisciplinar entre el derecho y la economía, de allí que se dedique una parte sustancial de la investigación en determinar la interpretación de los efectos que estas producen en el mercado. Por lo mencionado, hemos considerado pertinente efectuar una remisión a otros apartados de la presente investigación, cuando sea oportuno, para facilitar la lectura.

Así, intentamos demostrar que la omisión del control de fusiones permite que una fusión con efectos anticompetitivos idénticos a los perseguidos por las normas vigentes de control de conductas no pueda ser investigada. Asimismo, utilizaremos un conocido caso en la jurisprudencia peruana sobre prácticas restrictivas verticales de la libre competencia que servirá de modelo para comprobar nuestra postura.

Por otro lado, con el objetivo de impedir que el conocimiento adquirido quedara disperso, presentamos un proyecto de ley que reúne los principios modernos del control de fusiones económicas.

Es importante indicar que dicha propuesta legislativa considera no solo el fallido primer intento, a finales del 2004, de promover una ley sobre dicha materia, sino sobre todo las preocupaciones del sector de la doctrina que cree incierta su aplicación, lo que permitirá que la norma pueda tener una buena recepción social. Por lo demás, si el desarrollo jurídico de la aplicación moderna del control de concentraciones empresariales que analizaremos en las siguientes páginas sirve de contramaestre para guiarnos lejos de la pleamar de ideas que se opusieron a su implementación en nuestro país, quedaremos satisfechos.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Et après tout, qu'est-ce que la Concurrence? Est-ce une chose existant et agissant par elle-même comme le choiera? Non. Concurrence, ce n'est qu'absence d'oppression. En ce qui m'intéresse, je veux choisir pour moi-même et ne veux pas qu'un autre choisisse pour moi-même; voila tout... Il est évident que la Concurrence, c'est la liberté. Détruire la liberté d'agir c'est détruire la possibilité et par suite la faculté de choisir, de juger, de comparer; c'est tuer l'intelligence, c'est tuer la pensée, c'est tuer l'homme.³

(Fragmento del autor francés Frédéric Bastiat, extraído de «Concurrence», en *Harmonies Economiques*. Cuarta edición, París, Guillaumin et Cie. Libraires, 1860, citado por José Eugenio Soriano García en *Derecho público de la competencia*, Madrid: Marcial Pons, Instituto de Estudios del Libre Comercio, 1998, p. 35)

1. LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS

1.1. EVOLUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA. APARICIÓN DE LAS POLÍTICAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Examinemos brevemente las ideas abstractas tratadas en tres momentos fundamentales en el origen de la intervención del Estado en la economía.

3 Traducción libre: «Después de todo, ¿qué es la competencia? ¿Es acaso algo que existe y actúa por sí mismo como el cólera? No. Competencia no es más que la ausencia de opresión. En lo que me interesa, quiero elegir por mí mismo y no quiero que otro elija por mí; eso es todo [...] resulta evidente que la competencia es la libertad. Destruir la libertad de actuar es destruir la posibilidad y, por consiguiente, la facultad de elegir, de juzgar, de comparar; es matar la inteligencia, es matar el pensamiento, es matar al hombre.»

Al respecto, con Javier Viciano⁴ recordamos que el sistema económico dominante entre los ss. xv al xviii correspondió al mercantilismo, que avalaba la participación activa de los Estado-nación en la economía a través de la coordinación con los comerciantes, al punto de ejercer un fuerte intervencionismo dirigido a eliminar la competencia, por ejemplo, mediante la repartición oficial de monopolios en las distintas zonas geográficas.⁵

A pesar de ello, la experiencia absolutista del Estado en la economía iría desapareciendo en el s. xviii, de la mano del surgimiento de dos doctrinas económicas fundamentales: la fisiocrática, representada principalmente por intelectuales franceses (de donde proviene la conocida frase *laissez faire, laissez passer*⁶), y la clásica, cuyo exponente principal fue Adam Smith con su obra *La riqueza de las naciones* (1776).

Ambas escuelas, si bien con diferencias teóricas, compartían como filosofía la existencia de un orden natural del mercado, en el que los individuos —al competir con los demás por su propio beneficio monetario— eran capaces de generar el máximo bien económico para la sociedad. En otras palabras, se introdujo lo que hasta hoy conocemos como el sistema basado en la competencia como principio autorregulador del mercado.⁷

Como es natural, el pensamiento de la economía clásica o fisiocrática, que había enfrentado las injustas restricciones comerciales monopolísticas impuestas por los gobiernos mercantilistas, terminaría a la postre rebasado por las propias limitaciones, esto es el exceso de las libertades de los individuos en el que residía su filosofía, lo cual había sido advertido desde los orígenes mismos de sus reformas.⁸

4 Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía (acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pp. 37-56.

5 A manera de ejemplo, a inicios del s. xvii se crearon las denominadas *compañías de comercio y navegación*, corporaciones en las que participaban capitales privados y el Estado, dedicadas particularmente a la explotación comercial de las colonias. La más recordada es la Compañía Británica de las Indias Orientales, que se encargaba de la explotación del comercio en la India e Insulindia gracias a una orden otorgada por la reina Isabel I de Inglaterra, la cual le concedía el monopolio sobre el comercio en dichas zonas geográficas. A finales del s. xviii, la difusión del liberalismo económico propiciaría la paulatina desaparición de dichas compañías. (Salvat Editores. *La Enciclopedia: cid-crisipo*. Madrid: Salvat Editores, 2004, p. 3568; Daranas Peláez, Mariano, *Concentración de empresas y defensa de la competencia (las fusiones ante el derecho antitrust)*. Madrid: Colegio Universitario de San Pablo (CEU), 1972, p. 11).

6 La frase completa es «Laissez faire et laissez passer, le monde va de lui-même». Traducción libre: «Dejar hacer, dejar pasar, el mundo va por su cuenta».

7 Daranas Peláez, Mariano, *op. cit.*, p. 11.

8 De allí la famosa frase de Adam Smith: «People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some

De allí que se afirme que la detección de distintas imperfecciones dentro de una economía de exacerbado liberalismo, propio de la economía clásica —siendo la formación de monopolios la más conocida—, haya propiciado una nueva reforma defendida por sus promotores para el reconocimiento de cierto grado de intervención del Estado en la economía, aunque ello debía restringirse a combatir las imperfecciones que el orden natural del mercado no era capaz de solucionar.⁹

A finales del s. XIX, la escuela neoclásica observó que el modelo de competencia perfecta propuesto en la filosofía del orden natural —en el que los individuos con una máxima libertad procuraban el bienestar de la sociedad— correspondía a un modelo, aunque ideal, inexistente en la realidad. Asimismo, llegó a postular que existían formas no competitivas, es decir de recorte de la libertad del individuo, que podían resultar útiles para la sociedad, como sucede en los servicios públicos o monopolios naturales.¹⁰

Como quiera que sea, lo cierto es que se percibió que la dinámica de los mercados que se basaban en un modelo ideal de competencia perfecta y las tesis librecambistas contrarias a cualquier intervención estatal propiciaron la aparición de dos fenómenos que justificaron una reforma para legitimar cierto grado de intervención del Estado: (i) desigualdades significativas entre el tamaño y poder de las empresas, y (ii) concentración entre las empresas por el afán de proteger su negocio y obtener mayores ganancias.¹¹

Con todo, dicha reforma no ocurrirá sino hasta a fines del s. XIX en la costa contraria al Atlántico europeo, en donde el excesivo aumento de las concentraciones, por la creación de los denominados *trusts* estructurados para monopolizar los mercados, redefiniría el rol del Estado en la economía para

contrivance to raise prices. It is impossible indeed to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies; much less to render them necessary». Traducción libre: «Rara vez se reúnen personas que participan en el mismo rubro de negocio, aún por entretenimiento y diversión, sin que la conversación termine en una conspiración contra el interés público o en alguna conspiración para elevar los precios. En efecto, es imposible prevenir tales encuentros con ley alguna que pueda ser ejecutada o sea consistente con la libertad y la justicia. Pero si bien la ley no puede restringir a las personas del mismo rubro de negocio de reunirse de vez en cuando, debe hacer nada que facilite tales reuniones; mucho menos volverlas necesarias». (Smith, Adam, *The Wealth of Nations* 144 (1776) - E. Cannon, ed. 1976. En *An Antitrust Anthology*. Editado, anotado y comentado por Andrew I. Gavil. Ohio: Anderson Publishing Co., 1996, p. 63).

9 Viciano, Javier, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

10 *Ibid.*, pp. 48 y 49.

11 Daranas Peláez, Mariano, *op. cit.*, p. 11.

evitar que las empresas, en uso de su libertad, en palabras del propio Adam Smith, conspiren contra el interés público para acaparar el mercado y elevar los precios, lo que se materializaría con la promulgación de las primeras leyes antimonopolio o *antitrust*¹² (*infra*, p. 54).

Con esto podemos decir que las imperfecciones del modelo ideal de libre mercado postulado por la economía clásica o fisiocrática, particularmente las referidas a los procesos de monopolización, fertilizarán el terreno donde crecerán las primeras leyes que otorgarán al Estado un rol protector de la libre competencia, precisamente, de los excesos que la libertad de las empresas podría generar.

Si queremos sintetizar lo dicho, tendríamos que decir que una interpretación del desarrollo del pensamiento económico, en líneas generales, oscila en el siguiente orden lógico: fuerte intervencionismo estatal, inexistencia de intervencionismo estatal, intervencionismo dirigido a proteger el libre mercado. Nótese que decimos «en líneas generales», pues existen Estados que pueden haber aplicado una u otra fase en distintos momentos históricos.

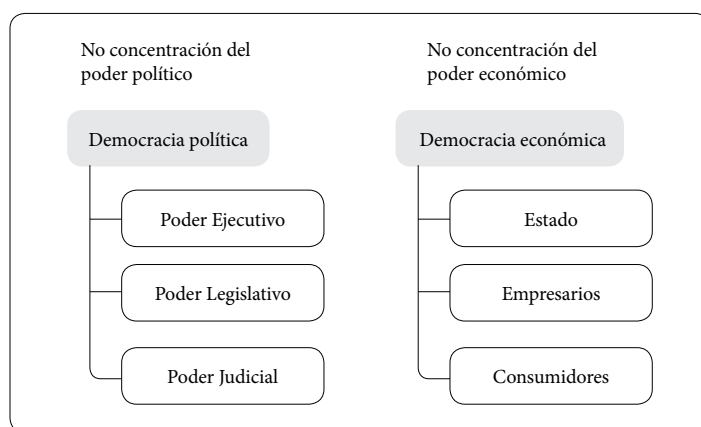
En todo caso, de la dialéctica entre las ideas mercantilistas —a partir de las cuales el gobernante imponía fuertes restricciones al comercio, como la creación de monopolios artificiales— y las de la ilustración —en las que se colocaría a la libertad del hombre como principio rector de la sociedad—, se desprenderá una postura más equilibrada que permitirá la intervención estatal en la economía, siempre que ello esté dirigido a defender las imperfecciones que podía generar naturalmente el mercado. Lo comentado hasta el momento puede ser graficado de la siguiente manera:

	Mecanismo	Economía clásica o fisiocrática	Economía neoclásica
Periodo	ss. xv al xviii	ss. xviii a xix	ss. xix a xx
Pensamiento	Fuente intervencionismo del Estado en la economía a través de la coordinación con los comerciantes, muchas veces dirigido a eliminar la competencia al otorgar monopolios en distintas zonas geográficas	Aparición de la filosofía del orden natural en el que los individuos al perseguir su propio beneficio, generan beneficio para toda la sociedad. Abogaron por la no injerencia del Estado en el mercado, aunque reconocieron que el uso de la libertad podía generar imperfecciones.	Filosofía del orden natural corresponde a un modelo irreal. Existen circunstancias donde es preferible limitar la competencia como los monopolios naturales. Se inicia el reconocimiento de la intervención del Estado en la economía para corregir imperfecciones. Aparición de las primeras normas antimonopolio.

12 Viciano, Javier, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

Aquí merece la pena hacer una digresión para indicar que el desarrollo histórico de la intervención del Estado en la economía, brevemente reseñado, no es ajeno a la evolución de las ideas políticas. De modo que es correcta la comparación realizada entre la caída del poder de la monarquía absoluta en pos de una mayor libertad de individuo, que obtendría cada vez mayor recepción de las ideas democráticas en la sociedad, y la ruptura con el régimen mercantilista propio de estados absolutistas promovidos por la filosofía del *laissez faire, laissez passer*.¹³

De allí que la comparación entre la desconcentración del poder económico, obtenida frente al absolutismo monárquico que había reinado en Europa, y la desconcentración del poder económico, a través de la participación libre en el mercado de los individuos que componen la sociedad, expone con claridad el *leitmotiv* de las normas de defensa de la competencia en la actualidad. Ello puede representarse de la siguiente forma¹⁴:



A mayor abundamiento, tal como sucede en los procesos de reforma política donde se erigen leyes que garantizan a los ciudadanos elegir libremente a las autoridades políticas deseadas por la mayoría, la reforma económica consiste en el desarrollo de un marco normativo que vele por mantener la libertad de los individuos para participar en el mercado y de los consumidores para decidir según sus preferencias. Ello no implica tanto un juicio de valor sobre el resultado de la elección, sino sobre la posibilidad de elegir como un valor en

13 Viciano, Javier, *op. cit.*, p. 39.

14 Obtenido de la exposición realizada el 15 y 17 de septiembre del 2009 por el profesor Luis José Díez Canseco Núñez, en la Escuela de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, a propósito del I Curso de Especialización en Derecho de la Competencia.

sí mismo (por ejemplo, los sistemas políticos democráticos no garantizan la elección de las personas más hábiles —lo que pocas veces ocurre—, sino que la voluntad de la mayoría se refleje en la decisión adoptada).¹⁵

Entonces, al igual que Bastiat (citado al inicio del presente capítulo), podemos decir que la competencia encuentra su máxima representación en el concepto básico de elegir en libertad. Y para ello, es necesario que el Estado garantice y vigile que la libre competencia y concurrencia en los mercados no se vea amenazada por cualquier individuo, sea público o privado, incluyendo a la propia exacerbación de la libertad, cuya acumulación de poder puede generar abusos al sistema económico.¹⁶

Con esto en mente, es fácil percibir que el concepto de concentración empresarial no solo ha significado una cuestión fundamental en manos de los economistas clásicos que reconocieron que el orden natural del libre mercado podría generar conspiraciones entre los comerciantes en perjuicio del bienestar económico, sino que se convirtió en la principal falla del sistema de mercado —específicamente su monopolización—, lo que generaría la necesidad de crear herramientas jurídicas idóneas para proteger y ordenar las libertades económicas.

Aun así, ello resulta más evidente si consideramos que la democratización de la economía frente al antiguo régimen mercantilista que entregaba el poder de mercado en ciertas zonas geográficas a unos cuantos privilegiados —por ejemplo, el caso de la Compañía Británica de las Indias Orientales en los territorios de la India e Insulindia— no es posible de alcanzar si el propio mercado genera distorsiones (como una considerable acumulación del poder en uno o pocos), al grado de evitar la libre participación en la economía; para los privilegiados, significaría haber sido reemplazados en el rol intervencionista que tenía el Estado en el régimen mercantilista.

Adviértase, entonces, que la concentración entre empresas ha cumplido un rol determinante para justificar la intervención del poder público en la economía, sin que ello implique una vuelta al mercantilismo practicado por

15 Bullard González, Alfredo, «Las normas de protección de la libre competencia en el Perú». En *Anuario de la Competencia* 1998. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1999, pp. 395 y 396.

16 En palabras de Javier Viciano: «El ejercicio de la libertad de empresa en condiciones económicas difíciles y operada en un sistema de desigualdad económica supuso el abuso del poder de mercado, una mayor concentración del poder económico, una mayor desigualdad y, consecuencia de todo ello, la probable y no deseable desaparición de la libertad efectiva. Así, como reiteradamente se ha manifestado, se puede decir que el régimen de libertad —y, por lo tanto, la libre competencia— lleva en sí el germen de su propia destrucción» (Viciano, Javier, *op. cit.*, pp. 57-62).

ciertos regímenes que pretendían extender sus poderes absolutos a la esfera de decisión individual de las personas.

1.2. OBJETIVO DE LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS. LAS POLÍTICAS DE CONTROL DE CONDUCTAS (*EX POST*) Y ESTRUCTURAS (*EX ANTE*)

En el contexto descrito, las políticas de defensa de la competencia en los mercados¹⁷ se definen como una regulación indirecta que tiene por objetivo controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí; en contraste con la regulación directa, relacionada con las intervenciones estatales dirigidas a limitar el ejercicio del poder de mercado de las empresas a través de la determinación vertical de ciertas variables económicas como el precio, cantidades producidas, estándares de calidad.¹⁸

Similar opinión tiene Ramón Martín,¹⁹ cuando sostiene que la legislación *antitrust* constituye un tipo de intervención dirigida a velar, desde el poder público, por el mantenimiento de las reglas liberales de juego que regulan el funcionamiento natural y libre del mercado, y evita así que determinados operadores adquieran situaciones fácticas de dominación que les permita influir considerablemente en el mercado. Conviene precisar que el derecho de la competencia no busca inhibir de suyo que una empresa adquiera una posición dominante, pues se espera que esta posición sea un objetivo natural.

De modo que el problema no es la posición de dominio en sí, sino si tal situación puede distorsionar el mercado al grado de evadir las reglas de la libre competencia. En todo caso, importa observar que la legislación *antitrust* se presenta como una herramienta jurídica conceptualmente ligada al liberalismo económico y al funcionamiento del libre mercado planteado por las dis-

17 En realidad, como afirma Luis Diez Canseco, la expresión *política de competencia* o *competition policy* abarca una categoría más amplia que la normativa de libre competencia, entre las que se incluyen temas como el clima de inversiones, los niveles de competitividad promovidos por el gobierno, la integración económica con otros países, las leyes de propiedad intelectual, la protección al consumidor. (Diez Canseco, Luis y otros. «¿Hacia dónde queremos llegar con nuestras políticas de competencia?». En *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, 2004, p. 145). De modo que conviene precisar que en la presente investigación se utiliza dicha frase con especial énfasis en el término *defensa* para referirnos directamente al marco normativo, a menos que se desprenda lo contrario.

18 Coloma, Germán. *Defensa de la competencia*. Buenos Aires-Madrid: Ed. Ciudad Argentina, 2003, p. 13.

19 Martín Mateo, Ramón, *Derecho público de la economía*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1985, p. 19.

tintas corrientes posmercantilistas,²⁰ que se encargarán de corregir las posibles fallas del mercado que puedan presentarse por un uso indiscriminado de las libertades individuales en este.

Debe quedar claro que la defensa de la competencia trata de resolver el conflicto público que supone el atentado contra el libre mercado cuando, al menos, un operador actúa contra él procurándose la protección de sus reglas de juego (en un desarrollo natural, estas benefician tanto a los consumidores como a los proveedores).²¹ Es oportuno repetir que el objetivo de las normas de defensa de la competencia consiste en vigilar y proteger el mantenimiento de las reglas de juego del proceso competitivo. Sin embargo, en su enfoque negativo consiste en impedir que las empresas realicen actos que restrinjan la competencia efectiva, como utilizar injustificadamente su poder de mercado para excluir a un competidor.

Esto no quiere decir de modo alguno que en el juego competitivo no pezequen algunas empresas ineficientes y otras se mantengan. Más bien, el objetivo de las normas *antitrust* será evitar que tal desplazamiento se produzca por medios ajenos a la eficiencia (por ejemplo, el abuso de una posición dominante), la formación de cárteles que falseen la competencia efectiva o el aumento significativo del poder de mercado a través de una concentración entre competidores que les permita ocasionar una restricción a la libertad de competir en el mercado; lo que será desarrollado con mayor detalle más adelante (*infra*, p. 163).²²

Tradicionalmente la defensa de la competencia se ha realizado en dos formas: (i) *control de conductas o política de comportamiento*, normas que reprimen comportamientos anticompetitivos pasados o presentes —involucra dos conductas generales: abuso de la posición de dominio y acuerdos colusorios—, de allí que se le denomine como una medida *ex post*; y (ii) *control de estructuras o política estructural*, normas que buscan evitar la formación de

20 Sullivan, Lawrence A. y Fikentscher, Wolfgang, «On the growth of the antitrust idea». En *Berkeley Journal of International Law*. (16 Berkeley J. Int'l L. 197), 1998, p. 197.

21 Soriano García, José Eugenio, *Derecho público de la competencia*. Madrid: Ed. Marcial Pons, Idelco-Instituto de Estudios del Libre Comercio, 1998, p. 608.

22 Por su parte, el autor Lorenzo Pace menciona que la finalidad del derecho de defensa de la competencia es prohibir aquellos comportamientos de las empresas que tengan por objeto excluir las reglas de la libre competencia y reemplazarlas por un monopolio privado, agregando que «...todas las escuelas doctrinales coinciden en reconocer al derecho de defensa de la competencia como mínimo un objetivo común: precisamente evitar que el derecho de iniciativa económica se ejercite en régimen de monopolio» (Pace, Lorenzo Federico, *Derecho europeo de la competencia. Prohibiciones antitrust, Control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*. Barcelona: Ed. Marcial Pons, 2007. p. 57).

estructuras de mercado nocivas para la competencia, lo que se materializa por la revisión previa de las operaciones de concentración que podrían poner en riesgo el grado competitivo del mercado, de allí que se le catalogue como una medida *ex ante*.

Es preciso señalar que ambos tipos de control son modos de intervención residual del Estado en la economía —más aún en el caso del control de estructuras—, pues el principio general que rige una economía social de mercado²³ es permitir a los agentes económicos regirse libremente por sus decisiones individuales. Además, la legislación de defensa de la competencia aparece en los casos en los que existe certeza de distorsiones a las reglas de juego competitivo conforme fuera explicado en párrafos anteriores.²⁴

Es oportuno repetir que la defensa de la competencia, sea desde su vertiente *ex post* o *ex ante*, reviste una lógica de injerencia mínima, a diferencia de la intervención directa en los sectores regulados de la economía, donde el Estado participa activamente en las decisiones que se adoptan en el mercado.

Por contraste, en el esquema normativo *antitrust*, el principal ente decisorio es el propio mercado; las reglas de juego de la libre competencia y concurrencia determinarán la permanencia de los agentes económicos más eficientes y solo cuando se pueda demostrar que estas han sido fraguadas, falseadas o evadidas, el Estado debe intervenir para evitar que los fallos que el propio sistema genera atenten contra sus objetivos. Si bien los dos ejes mencionados se complementan para cumplir el objetivo de mantenimiento de un mercado que se rige por las reglas de la libre competencia, los mecanismos para lograrlo responden a situaciones totalmente diferenciadas.

Ahora centrémonos en la definición del control de estructuras en la defensa de la libre competencia, pues guarda relación directa con el presente libro. Sobre el particular, las políticas de control *ex ante* pretenden evitar que una empresa ejecute una operación de concentración que le permita adquirir el control de un competidor, sin que la agencia de competencia haya determinado previamente sus efectos al grado de competencia efectiva en el mercado. Asumir tal función evita que se materialicen operaciones de fusión que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia y concurrencia

23 Ver nota al pie 406.

24 Coloma, Germán, *op. cit.*, p. 14; Stucchi López Raygada, Pierino, «El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la libre competencia: apuntes sobre el Decreto Legislativo 1034-Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA)». En *Themis*. 56. Lima, pp. 312 y 313.

en el mercado.²⁵ En tal caso, se podrá declarar incompatible la operación o sujetarla a condiciones con el objetivo de mantener estable la competencia efectiva.

Esta característica de aprobación previa del control de estructuras responde a la lógica de que, una vez realizada la concentración, resultará más costoso y difícil (a veces imposible) revertir sus efectos en la realidad, pues los activos y pasivos de las empresas fusionadas se habrán compensado y pasarían a formar parte de una sola entidad, lo que la doctrina compara con los «huevos revueltos» que se pretenden regresar al cascarón.²⁶ Para lograr tal objetivo, un sistema de control de concentraciones empresariales debe estructurarse de modo tal que prohíba solo las operaciones que restrinjan la competencia en el mercado y que, contrariamente, permita aquellas que puedan ser beneficiosas.

Sin ahondar más, podemos indicar que el mencionado marco jurídico permite a la agencia de competencia detectar a tiempo los actos de concentración que puedan generar altos niveles de poder de mercado en perjuicio de la competencia efectiva. Esto, por ejemplo, puede ocurrir en el caso de concentraciones horizontales cuando la estructura luego de la fusión facilita la colusión tácita entre los miembros del oligopolio o admite el refuerzo u obtención de una posición dominante que le permitirá a la empresa involucrada alejarse de los niveles competitivos de precio (es decir, lo más alejado de los costes marginales).²⁷

Esto nos lleva a adelantar que los efectos anticompetitivos de una concentración empresarial se generan únicamente en ciertas circunstancias fácticas en las que se encuentra un mercado, tales como altas barreras comerciales o legales de entrada o la absorción de un competidor especialmente fastidioso —los denominados *mavericks* o *francotiradores*— (*infra*, p. 181), lo que dificulta que un competidor real o potencial pueda influir ante el aumento de precios de la empresa posfusión (los denominados *mercados desafiables*, *disputables* o *contestable markets*²⁸).

25 Resolución 001-2010/CLC-Indecopi, de fecha 7 de enero de 2010, p. 17.

26 Díez Canseco Núñez, Luis José y Távara Martín, José Ignacio. «Estabilizando el péndulo. El control de fusiones y concentraciones en el Perú». En *Themis*. 47. Lima: Ed. Asociación Civil Themis, febrero 2004, p. 166; Rojas Leo, Juan Francisco. «El control de concentraciones empresariales en la perspectiva del Derecho de la Competencia». En *Temas actuales de derecho de la empresa*. Lima: Ed. Palestra, 2006, p. 59.

27 Jiménez Laiglesia, Juan y Jiménez Laiglesia, José «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales. Una primera aproximación al proyecto de comunicación (PC) de la Comisión Europea...». En *Anuario de la Competencia*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2003, p. 229.

28 Bogo, Jorge, «Algunas cuestiones claves en el análisis de las fusiones y adquisiciones de empresas bajo la Ley 25.156». En *Boletín Latinoamericano de Competencia*. 14, abril 2002, p. 15.

Al respecto, se tratará con mayor detalle en los capítulos posteriores, haciendo énfasis a los conceptos modernos que giran en torno a la aplicación del control de fusiones y concentraciones que permitirán obtener la información necesaria para verificar la veracidad o falsedad de nuestra hipótesis. Pasemos ahora a analizar el contexto en el que aparece la defensa de la competencia en nuestro país, lo que nos permitirá comprender el espacio-tiempo del problema que se pretende absolver.

2. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS MERCADOS Y LA APARICIÓN DE LAS LEYES *ANTITRUST* EN EL PERÚ

2.1. DE LA ECONOMÍA CONTROLADA A LA LIBERALIZACIÓN DE LOS MERCADOS

Aunque es posible encontrar visos de regulación antimonopólica —en su mayoría en relación con el control de los precios, prohibición de acaparamiento, especulación o prohibición de los monopolios en disposiciones legales anteriores a la década de los noventa²⁹—, es prudente decir que recién en este periodo calará en el espíritu de nuestras leyes la defensa de la libre competencia en los mercados.

De modo que si recordamos que la defensa de la competencia surgió en procesos de reforma estructural de corte liberal, es natural que el Perú no haya sido ajeno a tales motivaciones, pues gestó las primeras disposiciones para la protección de la libre competencia de la mano de importantes cambios económicos, seguidos por casi todos los países de la región. Estos paquetes de reforma, que provenían principalmente del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, incluían diversas exigencias para alinear al Perú con el proceso de apertura económica entre las que, como era de esperarse, se incluyó la obligación de contar con una legislación antimonopólica.³⁰

29 Para mayor detalle revisar los comentarios sobre la evolución del control de precios en la legislación peruana de José Luis Diez Canseco Núñez y Enrique Pasquel (Diez Canseco Núñez, José Luis y Pasquel Rodríguez, Enrique, «Precios excesivos: una mirada a la luz del derecho comparado». En *Advocatus*. 10, 2004-1. Lima, pp. 347-379) o el exhaustivo trabajo realizado por el autor Ivo Gagliuffi sobre la regulación de la libre competencia antes del Decreto Legislativo 701 (Gagliuffi Piercechi, Ivo, «Viaje a la semilla: ¿cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo 701?». En *Libro homenaje a los XXV años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2006, pp. 133-162).

30 Bullard González, Alfredo, «La década de los noventas: la experiencia peruana en libre competencia». En *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Ed. Asociación Civil Themis, 2004, p. 40.

Es sabido que, a inicios de los noventa, la economía peruana registraba considerables índices de inflación que superaban los cuatro dígitos, derivados en gran medida de las ineficientes políticas estatistas en la actividad empresarial que resultaron insostenibles en el tiempo, a lo que habría que sumar un cada vez mayor déficit fiscal.

En esa atmósfera, el expresidente de la república Alberto Fujimori, pese a haberse opuesto inicialmente a las ideas liberales postuladas meses atrás por su contendor en los comicios de 1990, Mario Vargas Llosa, tomó la decisión de efectuar importantes reformas dirigidas a proveer una mayor apertura económica, como la eliminación de la mayoría de subsidios, renegociación del pago de la deuda externa, promulgación de una ley de fomento a la inversión extranjera que suprimiera las medidas discriminatorias impuestas contra el capital foráneo, reducción de los aranceles y eliminación de trabas a las importaciones.³¹

Esas medidas, vulgarmente conocidas como el *paquetazo*, aunque produjeron un duro y considerable aumento en los precios, afectando a los sectores más desfavorecidos, significaron la reducción de los altos índices de inflación y déficit fiscal que permitieron iniciar una nueva etapa de desarrollo sostenido de la economía.

Esto llevó a la redefinición del rol del Estado en la economía, pues le es otorgada una función más de policía y promotor de la iniciativa privada, en contraste con las políticas de décadas anteriores donde cumplía una función planificadora de la actividad económica (claramente representada por la intervención en los precios del mercado).³²

Lo que nos interesa saber aquí es que el Estado peruano inició una apertura económica representada principalmente en tres procesos:³³ (i) proceso paulatino de privatización de las empresas públicas en diversos sectores de la economía; (ii) desarrollo de un marco institucional de regulación para la

31 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos-OCDE y Banco Interamericano de Desarrollo-BID, *Derecho y política de la competencia en América Latina. Exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú*. París: OECD Publications, 2007, p. 401.

32 UNCTAD. *Informe sobre las necesidades y prioridades en el área de Políticas de la Competencia. Proyecto apoyado por SECO (Suiza) sobre Fortalecimiento de capacidades e Instituciones en el área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor, Casos Bolivia y Perú*. Ginebra: febrero del 2004, p. 10.

33 *Ibidem*.

supervisión de la inversión privada en los servicios públicos como las telecomunicaciones y electricidad,³⁴ y (iii) creación de un marco legal para la promoción y protección del sistema económico de libre mercado.

Aquí merece la pena mencionar que Alberto Fujimori, con el respaldo de las fuerzas armadas, realizó el denominado «autogolpe» del 5 de abril de 1992, en el que suspendió la Constitución Política de 1979 y disolvió el Congreso de la República, lo que permitió la promulgación meses después de la Carta Magna de 1993. Aquí nos interesa no tanto el juicio de valor que podría realizarse al mencionado golpe de Estado, sino el mencionar que la nueva norma constitucional abrazaría los principios del sistema de economía social de mercado, lo que modificó definitivamente el rol del Estado en la economía.

Debemos destacar la incorporación en el texto constitucional de diversas disposiciones dirigidas al reconocimiento de la libertad de iniciativa privada en materia económica (artículo 58), la cual se ejercería en una economía social de mercado donde el Estado tendría un rol subsidiario en la economía (artículo 60), y cuya misión sería facilitar y vigilar la libre competencia en los mercados (artículo 61). Entre otras disposiciones, se elevó a rango constitucional el trato igualitario a la inversión nacional y extranjera (artículo 63), lo que, como mencionamos, resultó uno de los aspectos más importantes del paquete de reformas realizadas.

Lo que importa observar, en todo caso, es que una lectura sistemática del capítulo constitucional sobre el régimen económico permite concluir que la Constitución no prevé de modo alguno un régimen similar al principio de *laissez faire* de la decimonónica escuela fisiocrática o clásica (*supra*, p. 18), sino uno en donde si bien acepta como sistema económico al libre mercado soportado en la libertad de competencia y participación en los mercados de los agentes privados, se irroga al Estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir en este con el objetivo de optimizar la asignación de recursos y aumentar los niveles de bienestar económico.³⁵

34 En el proceso de apertura de la participación privada en el manejo de los servicios públicos, fueron creados diversos organismos reguladores, tales como el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, Osinerg (hoy Osinergmín) (1996) y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Osiptel (1991).

35 Díez Canseco Núñez, José Luis y Pasquel Rodríguez, Enrique, *op. cit.*, p. 358.

Con sano criterio, se ha adoptado una posición equiparable al concepto de economía libre y social de mercado alemana (*freie, soziale Marktwirtschaft*), en la que el sistema económico no se rige por la doctrina ultraliberal de la economía ni retorna a criterios mercantilistas de considerable intervencionismo del Estado, sino reconoce que para el funcionamiento eficiente de la economía de mercado deben mantenerse estructuras normativas que promuevan la defensa de la libre competencia.³⁶

Aunque se podrían suscitar contradicciones entre la lectura del texto legal en el sentido de indicar que se promueve la libertad individual o la intervención del Estado, lo cierto es que ello no ocurre si se entiende que la estructura legal se compone por reglas mínimas de juego en la que los agentes económicos encontrarán las barreras que limitan el uso de sus libertades en el mercado. La verdad es que la revisión somera del proceso de intervención histórica del Estado en la economía debería disipar cualquier posible confusión (*supra*, p. 17).

Regresando a los procesos que involucraron una considerable apertura económica en los noventa, debemos resaltar la creación de un marco legal para la protección del sistema económico de libre mercado. Aunque la estructura jurídica de una economía social de mercado más liberal fue reconocida constitucionalmente recién en 1993, no debemos olvidar que las primeras reformas en esta materia fueron realizadas a inicios de la década de los noventa, durante la vigencia de la Constitución Política de 1979, cuya redacción, si bien señalaba que el modelo correspondía a una economía social de mercado, permitía una mayor intervención del Estado.³⁷

36 Schwartz, Ivo E., «Antitrust legislation and policy in Germany. A comparative study». En *University of Pennsylvania Law Review*. (105 U.Pa.L.Rev.617), marzo, 1957, p. 652. Aunque ajeno a los alcances del presente trabajo, sobre la influencia de la Escuela de Friburgo en el concepto de economía social de mercado ver: Sullivan, Lawrence A. y Fikentscher, Wolfgang, *op. cit.*, pp. 211-217.

37 Aunque en la Constitución Política de 1979 también se reconocía la economía social de mercado, es innegable que su comparación permite comprender que resultaba menos liberal que la norma constitucional vigente. Constitución Política de 1993: «Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura». Constitución Política de 1979: «Artículo 115. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social».

Entre las más trascendentales tenemos la promulgación en noviembre de 1991 de los Decretos Legislativos 757³⁸ y 701³⁹ (en adelante, DL 701), cuyo objetivo principal era garantizar las inversiones privadas efectuadas en todos los sectores de la actividad económica y eliminar las prácticas monopólicas o restrictivas de la libre competencia, respectivamente.

Si acudimos a lo desarrollado anteriormente, vemos que esta reforma inicial respondía a la dicotómica misión de la economía moderna que, por un lado, reconoce a la libre iniciativa privada como motor del desarrollo económico donde se debe «luchar» en igualdad de condiciones para ser eficiente y mantenerse en el mercado, beneficiando a los consumidores con un mejor acceso a productos y servicios de calidad y, por otro lado, se reconoce que los excesos de libertad deben ser combatidos con el objetivo de no poner en peligro al propio sistema de libre competencia.

Habría que decir también que el paquete de normas promovidas durante la reforma de las políticas de competencia incluyeron diversas materias relacionadas con la economía de mercado, tales como las normas en materia publicitaria (Decreto Legislativo 691), normas sobre represión de la competencia desleal (Decreto Ley 26122), una ley sobre reestructuración empresarial (Decreto Ley 26116) y una ley general de propiedad industrial (Decreto Ley 26017).

2.2. LA CREACIÓN DE LA AGENCIA DE COMPETENCIA PERUANA: EL INDECOPI

Esto nos lleva a detenernos en uno de los tantos decretos promulgados, precisamente el Decreto Ley 25868, del 6 de noviembre de 1992, que creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de

38 Decreto Legislativo 757. «Artículo 1.-La presente Ley tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes...». «Artículo 2.- El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica». «Artículo 4.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República».

39 Decreto Legislativo 701. «Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores».

la Propiedad Intelectual (Indecopi), institución a la que se le encargaría la aplicación de las disposiciones legales destinadas a proteger, por un lado, al mercado de prácticas monopólicas, restrictivas de la competencia, la competencia desleal y la defensa de los consumidores⁴⁰, y por otro lado, los derechos de propiedad intelectual.

Para cumplir tales funciones, en el área de protección de la competencia y defensa de los derechos de los consumidores se crearon diversos órganos resolutorios de primera instancia denominados Comisiones, así como un Tribunal que actuaría como segunda instancia administrativa; los asuntos relacionados directamente con la protección de la libre competencia fueron encargados a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (nombre actual de la Comisión a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1033) y al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, específicamente a su Sala de Defensa de la Competencia 1, conforme al Decreto Legislativo 1033.

Es oportuno indicar que, al parecer, la creación de la agencia de competencia peruana, aunque promovida gracias a la iniciativa de un grupo de abogados y economistas, se efectuó sin conocer sus verdaderos alcances, más aún con el objetivo de cumplir las exigencias del Banco Mundial para el otorgamiento de nuevos préstamos al gobierno.⁴¹

Es natural que haya sido así, pues se debe considerar que la aparición de las reformas económicas se realizaron en un marco institucional y cultural del Estado en el que predominaban ideas más controlistas; aunque, en todo caso, lo que importa observar es el establecimiento de una nueva forma de intervención indirecta en la economía dirigida a proteger el libre mercado en dos grandes áreas: por un lado, materias como acceso al mercado, libre competencia, competencias desleal, defensa del consumidor, *dumping* y subsidios y reestructuración patrimonial y, por otro lado, temas como la protección de los signos distintivos, patentes e invenciones y derechos de autor.

La inclusión de esta última área dentro de las funciones de una agencia de competencia correspondió a un modelo innovador que generó ecos positivos a nivel internacional, pues lo común es que la protección de los derechos de

40 Estas son, en pocas palabras, las funciones que realiza una agencia de competencia, de allí que en el presente trabajo se utilice dicha acepción para designar al Indecopi.

41 Kresalja, Baldo, «Presentación». En *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Ed. Asociación Civil Themis, 2004, p. 11 y Bullard González, Alfredo, «La década de los noventas...» *op. cit.*, pp. 40 y 41.

propiedad intelectual se destine a una institución separada que se encarga del registro marcario. A nuestro modo de ver, si bien existen diversas eficiencias en la asignación de recursos al asignar ambas tareas a una sola institución, del todo válidas, la razón más destacable es el permitirle a la agencia de competencia peruana nutrirse presupuestalmente de los ingresos obtenidos por los derechos del registro marcario, lo que le permite una menor dependencia económica del tesoro público. Hay que añadir que, hasta febrero de 1998, el Indecopi se mantuvo adscrito al entonces Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, fecha en el que pasaría a formar parte de la cartera de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Desde sus primeros años, el Indecopi ha sido merecedor de una buena reputación, especialmente por una transparencia, eficiencia y predictibilidad no habitual en los órganos judiciales en el Perú, aunque su rol haya estado más dirigido a la promoción de la competencia que a hacer cumplir (acción coercitiva) la legislación. En palabras de Beatriz Boza, expresidente del Indecopi, esto se debe al «resultado directo de la experiencia reciente que vivió el Perú»,⁴² en directa alusión a las políticas controlistas de las décadas pasadas. Sin embargo, al parecer era fruto de una marcada dependencia a las teorías de la Escuela de Chicago, que tienden a una aplicación menos estricta de las normas de defensa de la competencia⁴³.

Lo cierto es que durante la primera década, el Indecopi tuvo una participación activa en la promoción de una cultura de competencia en nuestro país, en gran parte por el eco social que obtuvieron importantes pronunciamientos, como el relacionado con el conocido «Caso de Los Pollos» sobre persecución de actos de colusión de precios entre las empresas avícolas nacionales⁴⁴.

En relación con el aspecto estructural, el Indecopi ha sufrido importantes cambios en los casi veinte años de haber sido creada. Hay que advertir que en 1998 la agencia de competencia peruana tenía solo 120 funcionarios trabajando a tiempo completo⁴⁵ y como presupuesto anual, aproximadamente,

42 Boza, Beatriz, «¿Por qué no es conveniente para el Perú contar con una política general de fusiones?». En *Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina*. Lima: Ed. Indecopi, 1998, p. 159.

43 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos-OCDE y Banco Interamericano de Desarrollo - BID, *op. cit.*, p. 401.

44 Nos referimos al pronunciamiento contenido en la Resolución 276-97-TDC, del 19 de noviembre de 1997, en los seguidos de oficio por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia c. Avícola San Fernando S.A., Molinos Mayo S.A., Granja Los Huertos S.A. y otras empresas avícolas (Expediente 029-96/CLC).

45 Boza, Beatriz, *op. cit.*, p. 157.

medio millón de dólares, del cual un 9 por ciento representaba fondos del tesoro público.⁴⁶ En contraste, a fines de 2009 ya contaba con 878 colaboradores⁴⁷ y al 2010 se aproximaría a los ochenta millones de soles de presupuesto anual —cincuenta veces más del presupuesto doce años atrás—,⁴⁸ lo que ha significado una real independencia y autonomía económica frente al Poder Ejecutivo, otorgándole una mayor transparencia frente a presiones políticas que pudieran recibir del gobierno de turno.⁴⁹

Como es natural, el importante desarrollo que ha tenido la agencia de competencia peruana en la última década se ha visto reflejado en el aumento cada vez mayor de su participación en la solución de conflictos generados en el mercado, prueba de ello es que la Sala de Defensa de la Competencia en materia de protección al consumidor ha aumentado sus cifras de casos resueltos por año de 359 (2004) a 1949 (2009). Mientras que en el caso específico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en el periodo 2004-2009, se incrementó el número de casos iniciados de oficio en un 66,7 por ciento y el monto de las multas impuestas aumentó de 1009,3 a 4529,4 UIT.⁵⁰ En todo caso, para la extensión de la presente investigación, es útil considerar que la situación económica e institucional actual de la agencia de competencia peruana dista mucho de parecerse a sus primeros años.

46 Dicho aporte aumento en aproximadamente 15 por ciento del Presupuesto Anual hasta el 2001, siendo que al año siguiente se eliminaría el aporte del Tesoro Público a la institución lo que la obligó a financiar sus actividades de los ingresos obtenidos exclusivamente de las tasas por sus servicios y multas por infracciones impuestas por sus tribunales. (UNCTAD. *Informe sobre las necesidades y prioridades...* op. cit., p. 21).

47 La distribución del personal del Indecopi a nivel nacional por modalidad de contrato al 31 de diciembre del 2009 era la siguiente: (i) Empleados: 414; (ii) CAS: 275; y (iii) Practicantes: 189 (Indecopi. *Memoria Anual-2009*. En *Indecopi.gob.pe*, p. 26).

48 De acuerdo con el portal web del Ministerio de Economía, Portal de Transparencia Económica, Seguimiento de Ejecución Presupuestal, el presupuesto inicial aprobado del Indecopi ha ido cambiando de S/.36 271 197 (2005), S/.41 188 984 (2006) S/.45 269 000 (2007), S/.51 885 000 (2008), S/.62 000 000 (2009), S/.71 000 000 (2010) y S/.75 000 000 (2011). En <http://ofi.mef.gob.pe/transparencia> (revisado en marzo de 2011).

49 En palabras del entonces presidente del Indecopi, Jaime Thorne, «partiendo de la autonomía económica, es decir, la decisión de no aceptar fondos fiscales, fue un reto en sí misma. Era un momento en el que desconocíamos si los fondos que generábamos iban a ser suficientes para la institución. Para nosotros era algo desconocido, lo intuíamos, pero desconocido al fin y al cabo. Sin embargo, fue una decisión muy importante porque era el argumento principal para decirle al Poder Ejecutivo “puedo subsistir sin tu dinero” y, en ese sentido, responder con una negativa a las presiones hacia el Indecopi. La autonomía económica da lugar a una autonomía funcional que beneficia doblemente a la institución». (Indecopi. *Memoria Anual*, op. cit., p. 6).

50 *Ibid.*, pp. 75 y 91.

2.3. EL MARCO NORMATIVO ANTITRUST PERUANO Y LA OMISIÓN DEL CONTROL DE ESTRUCTURAS

Dejando de lado la breve exposición sobre la agencia de competencia peruana, regresemos al paquete de normas dictadas a inicios de la década de los noventa. Sobre el particular, reviste de importancia para el presente trabajo mencionar el DL 701, como herramienta contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas de la libre competencia promulgado el 5 de noviembre de 1991. Dicho decreto se enfocaría únicamente en la política de control de comportamientos anticompetitivos (*ex post*) en el mercado, excluyendo cualquier análisis sobre control de estructuras (*ex ante*).

En ese sentido, la primera norma *antitrust* peruana presentaría como principales conductas contrarias a la competencia al abuso de una posición dominante en el mercado⁵¹ como la negativa injustificada de venta o discriminación de precios para prestaciones iguales y a la cartelización⁵² como la concertación de precios, reparto de zonas geográficas, utilizando cláusulas abiertas que permitían a la agencia de competencia la persecución de conductas con efecto equivalente.

Posteriormente, en 1996 sería promulgado el Decreto Legislativo 807, el cual, conjuntamente con un paquete de reformas estructurales del Indecopi, introdujo significativas modificaciones al DL 701, representadas principalmente en el aumento de las multas administrativas (de un máximo de 50 UIT a uno de 1000 UIT), la introducción de la figura del colaborador eficaz del derecho penal (en el que una de las personas investigadas por una conducta anticompetitiva podía solicitar su exoneración a cambio de aportar pruebas al procedimiento), así como en el reforzamiento de las facultades de investigación por parte de la Comisión y la Secretaría Técnica.

Si bien existieron otras tantas modificaciones durante la vigencia del DL 701 que pudieron afectar su eficiencia, como la derogación de la tipificación penal de las conductas cometidas por los responsables de las empresas que

51 DL 701. «Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional».

52 DL 701. «Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia».

participaban en la realización de actos que atentaban contra la libre competencia, es innegable el valor que tuvo en el fomento de la aún incipiente cultura de la libre competencia en nuestro país.

Antes de continuar, es oportuno hacer hincapié que en noviembre de 1997, durante el proceso de privatización de los servicios públicos de electricidad (*supra*, p. 28), fue dictada la norma que hasta nuestros días representa la única disposición sobre control de estructuras por parte del Estado. Nos referimos a la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (en adelante, la LAASE).

Los detalles del sistema de control de fusiones en el sector eléctrico serán tratados en el capítulo IV (*infra*, p. 189); sin embargo, es importante observar que el contexto en el que se promovió dicha política de control se condice con una mayor apertura del mercado eléctrico al capital privado, lo que se materializó con la modificación de los alcances del artículo 122 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas⁵³ (en adelante, la LCE) que permitió la libre participación de una misma empresa en los mercados de generación, transmisión o distribución de electricidad.

A nuestro modo de ver, resulta extraño, a lo menos curioso, que la implementación del sistema de control de estructuras en el sector eléctrico se produjera ante una mayor liberalización de los mercados del sector eléctrico nacional, mientras que la liberalización de todos los sectores del mercado a inicios de los noventa no importó la formulación de tales políticas de control de estructuras.

Como mencionáramos, es posible que la resistencia a incluir políticas de control de fusiones no se debiera a un simple descuido de los gobernantes de turno, sino a la resistencia de aplicar una política que podía confundirse con una forma de intervención estatal directa en la economía —como había ocurrido en las décadas pasadas—, o a la idea que en el periodo de reforma se

53 Ley de Concesiones Eléctricas. «Artículo 122.- 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 este, salvo lo dispuesto en la presente Ley. Quedan excluidos de dicha prohibición, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución, que no impliquen una disminución de daño o restricción a la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados». (Texto vigente) «Artículo 122.- Las actividades de generación, de transmisión perteneciente al Sistema Principal y de distribución de energía eléctrica no podrán efectuarse simultáneamente por un mismo titular, salvo en los casos previstos en la presente Ley» (Texto derogado por la LAASE en noviembre de 1997).

producirían reorganizaciones en diversos sectores de la economía que podían ser afectadas por dichas políticas.

Esto último parece confirmarse si consideramos que se trata de uno de los principales argumentos en contra de su implementación en el Perú, presentados a debate durante la primera iniciativa legislativa sobre control de fusiones exhibida a más de una década de la apertura económica. Con todo, el análisis de la veracidad o falsedad de tales argumentos es precisamente el objetivo del presente trabajo, a lo cual llegaremos en el momento oportuno luego de estudiar detenidamente los principios modernos de este mecanismo de defensa del libre mercado en el capítulo III.

Continuando con la breve descripción del marco normativo *antitrust* peruano, debemos mencionar que luego de quince años de aplicación del DL 701, en el marco de un nuevo impulso en el proceso de apertura económica retratado en la suscripción del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos de América, el Poder Legislativo le delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias que permitan la adaptación de la estructura jurídica nacional a los alcances del mencionado acuerdo. Entre las diversas disposiciones promovidas fue promulgado el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, el DL 1034),⁵⁴ que reemplazaría el marco normativo para la defensa de la libre competencia vigente.

Entre las disposiciones más destacables del DL 1034 está el otorgamiento de rango de ley al principio de primacía de la realidad, así como la aclaración de importantes dudas sobre en qué casos se debían aplicar los criterios de la regla *per se* o de la razón (*rule of reason*), lo que pasó a definirse como conductas contrarias a la libre competencia que constituían una prohibición absoluta o relativa.⁵⁵

Ello tuvo como fin evitar que se emitan pronunciamientos disímiles por parte del Indecopi como sucedió en relación con los actos de cartelización, donde en un primer momento sus tribunales se habían inclinado hacia la aplicación de la regla *per se*, en el que no existían justificaciones posibles a la conducta (el conocido caso de «Los Pollos»), basándose en los criterios aplicados

54 Es importante destacar el acierto en el título otorgado a la nueva ley de libre competencia frente al utilizado en el DL 701, pues, de este se puede desprender con claridad que sus alcances se limitan exclusivamente al de una norma de control de conductas (*ex post*).

55 Patrón, Carlos A., «Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas». En *Ius et Veritas*. 36. Lima, 2008, pp. 125-127.

por los tribunales estadounidenses; mientras que posteriormente se dio un giro al aplicársele la regla de la razón (el caso de SOAT⁵⁶), conforme a criterios europeos que tendrían menos aceptación.⁵⁷

A pesar de las críticas de cierto sector de la doctrina,⁵⁸ es innegable el mejoramiento del carácter técnico de los conceptos tales como la diferenciación entre la posición dominante de una empresa y el abuso de aquella, así como el tratamiento diferenciado entre las prácticas restrictivas horizontales y verticales. Además, es destacable el reforzamiento del rol instructor de la Secretaría Técnica y el resolutorio de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia que dotaron al sistema de una mayor eficiencia en la persecución de actos contrarios a la libre competencia en los mercados.

El esquema normativo mantuvo la separación tradicional de las conductas de abuso de la posición de dominio,⁵⁹ representado en los comportamientos de un competidor con posición dominante dirigidos a excluir a un competidor real o potencial a través de diversos actos, como la negativa injustificada de venta, aplicación de condiciones comerciales desiguales para prestaciones equivalentes, utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales para restringir la competencia (similar a la figura de *sham litigation* del derecho anglosajón); y de prácticas colusorias horizontales,⁶⁰ tales como la fijación concertada de precios o reparto de zonas geográficas de mercado; y verticales,⁶¹

56 Nos referimos al pronunciamiento contenido en la Resolución 0224-2003/TDC-Indecopi, del 16 de junio de 2003, en los seguidos de oficio por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia c. la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (Apeseg) y otras empresas de seguro (Expediente 004-2002/CLC). Gómez Apac, Hugo, «El marco institucional de la defensa de la competencia en el Perú: la agenda pendiente». En *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Asociación Civil Themis, 2004, pp. 58-62 y Bullard González, Alfredo, «La década de los noventas...» *op. cit.*, p. 46.

57 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y Banco Interamericano de Desarrollo (BID), *op. cit.*, pp. 413 y 414.

58 Para un desarrollo de los puntos criticados por la doctrina resulta útil revisar: Patrón, Carlos A., *op. cit.*, p. 125.

59 DL 1034. «Artículo 10.- 10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición».

60 DL 1034. «Artículo 11.- 11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como... ».

61 DL 1034. «Artículo 12.- 12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia». «12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante».

que ocurren en distintos niveles de la cadena de mercado, en tal caso la ley ha especificado que al menos una de las partes involucradas debe tener una posición dominante, lo que guarda relación con los criterios económicos modernos de aplicación de las prácticas restrictivas.

2.4. SITUACIÓN DEL GRADO DE CONCENTRACIÓN EN LOS MERCADOS PERUANOS

Hemos visto que el proceso de apertura económica en nuestro país significó la aprobación de normas que tenían como objetivo proteger el sistema de libre mercado, en línea con el desarrollo histórico expuesto de manera sucinta en el primer subcapítulo (*supra*, p. 17). A pesar de ello, llama la atención que dicha reforma solo incluyera disposiciones relacionadas con el control de conductas o comportamientos (*ex post*) y dejara de lado el control de estructuras (*ex ante*), que fue incluido años después a un sector restringido de nuestra economía: el mercado eléctrico.

Habiendo presentado el contexto en el que se encuadra el problema que estudiaremos, debemos preguntarnos si luego de más de veinte años de apertura económica el fenómeno de concentración económica continúa presente en la realidad de nuestro país. La respuesta es afirmativa, tal como veremos a continuación.

Sobre el particular, si bien no existen fuentes oficiales públicas sobre el grado de concentraciones de los mercados, en el 2010 fue publicado un informe de una importante consultora de mercado del país, Maximixe, en el que se presentaba información sobre los niveles de concentración empresarial que muestran los principales mercados en el Perú⁶². A continuación, transcribimos la gráfica del mencionado informe:

62 Informe publicado en la edición del diario *Gestión* de fecha 20 de agosto de 2010, p. 17.

Mercado de:		IHH	Participación de compañías			
			1ª empresa	2ª empresa		
Mercados altamente concentrados	Cerveza	9100	UCPBJ	95%	Ambev	5%
	Soda cáustica	7200	Químpac	85%	Pequeños importadores	
	Jabón de lavar	7100	Alicorp	84%	Pequeños productores	
	Gas natural	5500	Pluspetrol	73%	Aguaytis	12%
	Lácteos	4900	Gloria	68%	Nestlé	13%
	Combustibles	4600	Petroperú	51%	Repsol	45%
	Detergentes	4300	Protec & Gamble	60%	Alicorp	26%
	Gaseosas	4200	Corp J.R. Lindley	61%	Ajeper	21%
	Aceites comestibles	3800	Alicorp	46%	SAO	20%
	Fideos	3700	Alicorp	46%	Molitalia	20%
	Avícolas	3300	San Fernando	54%	Chimú Agropecuaria	12%
	Harina de trigo	3000	Alicorp	45%	Molitalia	19%
	GLP	3000	Pluspetrol	50%	Repsol	19%
	Petróleo	2700	Pluspetrol	37%	Repsol	32%
	Cemento	2600	Cementos Lima	40%	Cemento Andino	21%
Hierro y acero	2100	Aceros Arequipa	38%	Siderperú	25%	
Mercados moderadamente concentrados	Azúcar	1700	Paramonga	21%	Cartavio 1	9%
	Siembra de caña de azúcar	1400	Casa Grande	26,5%	Pomalca	14,3%
	Útiles de escritorio	1300	Faber Castell	30%	Carvajal	17%
	Embutidos	1300	Razzeto	20%	Supemsa	16%

Fuente: Informe Consultora Maximixe.

Leyenda: IHH equivale a Índice de *Herfindahl-Hirschman*, donde un valor superior a los 2,000 corresponde a un mercado altamente concentrado, entre 1,000 y 2,000 a uno moderadamente concentrado.

* Es preciso indicar que se han realizado cambios meramente estéticos en el informe para una mejor lectura de la información, no habiendo de modo alguno variado.

Lo que nos interesa aquí es que el resultado presentado por el mencionado informe involucra a productos que influyen directamente en la canasta básica familiar, como los lácteos, fideos, aceites comestibles, huevos y pollos (avícolas), azúcar o embutidos; mientras que otros influyen, al menos, indirectamente, como combustibles, gas natural, petróleo, jabón para lavar o detergentes. Habría que agregar los índices considerables de concentración empresarial que presenta el sector de construcción, donde participan productos como cemento, hierro y acero, que en los últimos años ha presentado altos niveles de crecimiento (reflejado en los niveles de consumo de dichos productos).

Esto no debe, en absoluto, suscitar pasiones que tilden como negativa en sí misma la concentración en tales mercados, pues el acaparamiento del

mercado en pocas empresas corresponde a una situación fáctica que puede deberse a varios criterios de reorganización en los procesos de producción, distribución o comercialización o en el alcance de eficiencias de escala que han dejado atrás a competidores menos eficientes.

Del mismo modo, es innegable que tales sectores han participado del crecimiento económico sostenido de 6,7 por ciento del producto bruto interno en la década del 2000⁶³. A pesar de ello, los grados de concentración expuestos sirven para acreditar que en muchos mercados peruanos existen disparidades significativas en el poder de mercado de empresas dominantes que harían posible una influencia directa para alejar los precios de sus niveles competitivos. Una explicación detallada de los criterios económicos que permiten determinar las circunstancias en que ocurren estos efectos negativos en el mercado será presentada con profundidad en el capítulo III (*infra*, p. 101).

Es sabido que los procesos de concentración de capitales, aunque fenómeno natural del libre mercado, pueden poner en peligro la propia estabilidad del sistema de libertad de intercambio, pues las empresas que logren acumular un poder desmedido se verán inclinadas a influir en los niveles de precios del mercado. Tal situación generaría un traslado de ganancias del consumidor al productor, al punto de hacer ineficiente los resultados del mercado; y es aquí donde las normas de control de estructuras participan en la política de defensa de la libertad de mercado.

Para decirlo claramente, lo que pretenden las normas de control de estructuras es que el dirigismo económico con el que el Estado controla la oferta y la demanda de productos (propio del mercantilismo), en menoscabo de las libertades individuales, no sea reemplazado por el dirigismo de una o pocas empresas que pueden influir en la oferta y la demanda de productos al grado de falsear o eliminar la competencia, lo que produciría un perjuicio similar a las libertades individuales.

Entonces, existe una razón apodíctica para preocuparnos por la omisión en el sistema *antitrust* peruano de una de las herramientas más importantes de las políticas de competencia que permite a las agencias revisar las operaciones de concentración empresarial, estructuradas en mercados con un grado de concentración que podría acarrear graves consecuencias para los niveles de eficiencia. Hecho que, como hemos visto, no resulta del todo ajeno a nuestra realidad.

63 Foro Económico Mundial. *The Global Competitiveness Report 2010-2011*, p. 36.

Para hacernos una idea más clara de la realidad de la omisión del control de fusiones en nuestro país, recordemos que a inicios de la década de los noventa la entonces Cervecería Backus & Johnston S.A. (Backus), con aproximadamente 60 por ciento de participación en el mercado de cerveza, competía principalmente con la Compañía Nacional de Cerveza (CNC) y la Compañía Cervecería del Sur (Cervesur).

Posteriormente, en 1994 la CNC, tras intentar incrementar su participación en el mercado a través de una política agresiva de precios y campañas publicitarias que no resultaron exitosas, decidió vender el 62 por ciento de sus acciones. Dichas acciones fueron adquiridas por su competidor Backus, quien había obtenido una participación cercana al 99 por ciento del mercado de Lima con sus marcas Cristal y Pilsen. Por otro lado, Cervesur se mantenía con una participación importante en el sur del país con sus productos Cuzqueña y Arequipeña. A nivel nacional, Backus y Cervesur contaban con aproximadamente el 86 y 14 por ciento del mercado, respectivamente.

En ese momento se produce un importante cambio en la estructura competitiva del mercado nacional de cerveza, pues Backus decide ingresar a la zona sur del país, mientras que Cervesur hace lo propio al entrar con fuerza al mercado limeño. Prontamente, Backus logró el 26 por ciento del mercado de la zona sur del país, mientras que Cervesur consiguió un importante 17 por ciento del mercado limeño.

Esto produjo un movimiento en la participación del mercado nacional entre Backus y Cervesur, que ahora se registraba en un 83,3 por ciento y 16,9 por ciento, respectivamente. Luego de una década de importantes movimientos estructurales en el mercado nacional de cerveza, en mayo del 2000 el Grupo Cervesur presentó una oferta pública de adquisición (OPA) en la Bolsa de Valores de Lima hasta por el 100 por ciento del total de sus acciones comunes. De este modo, al cerrarse la operación el Grupo Backus había adquirido el 97,85 por ciento de dichas acciones y se convirtió en el único productor de cerveza a nivel nacional, hegemonía que actualmente mantiene, tal como lo indica el cuadro antes expuesto.⁶⁴

Como resultado de la no existencia de un control de fusiones, la agencia de competencia peruana no contaba con las facultades necesarias para revisar

64 Indecopi. *Impacto del Impuesto Selectivo al Consumo sobre la Competencia en los Mercados de Cerveza y Ronas. Documento de Trabajo 006-2000. Elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de la Libre Competencia*, diciembre 2000, pp. 5 y 6.

previamente los efectos que podría haber generado una considerable unión empresarial entre los dos únicos productores a nivel nacional de cerveza (Backus y Cervesur), quienes además habían presentado niveles considerables de competencia en los últimos años al ingresar a los mercados geográficos en donde la participación del competidor primaba.

Ahora, traemos ello a colación con el objeto de contrastarlo con dos importantes fusiones realizadas en aquel entonces en el mercado de cerveza de Brasil y Argentina, países que, a diferencia del Perú, sí cuentan con normas que permiten a la autoridad de competencia evaluar previamente una operación de concentración empresarial. En el caso del Brasil, nos referimos a la fusión realizada en 1999 entre la Companhia Cervejaria Brahma (Brahma) y la Companhia Antártica Paulista, que creó la conocida American Beverage Company (Ambev), las cuales pasaron a aglutinar las tres marcas de cerveza preferidas en el mercado brasileño (Skol, Brahma y Antártica), con una participación del 75 por ciento.⁶⁵

En el caso de Argentina, nos referimos a la compra efectuada por Ambev en el 2002 del 37,5 por ciento de participaciones del Grupo Bemberg de la *holding* Quilmes Industrial, controladora de la Cervecería Quilmes, con la que ambos grupos económicos pasaron a controlar el 80 por ciento del mercado de cerveza con la suscripción de marcas importantes como Quilmes y Brahma.

En ambos caso, las agencias de competencia brasileña —Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE)— y argentina —Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC)— revisaron las operaciones de concentración antes descritas y, luego de un análisis de los efectos positivos y negativos que las fusiones acarrearían en el mercado nacional, resolvieron autorizarlas, pero sujetándolas a condiciones y compromisos, con el objetivo de asegurar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados.

Entre estas condiciones podemos mencionar, en el caso argentino, la venta de activos productivos, como la planta de Brahma en Luján, provincia de Buenos Aires; la transferencia de las marcas Bieckert y Palermo; la obligación de facilitar a otros competidores, por el término de siete años, el acceso a las redes de distribución nacionales; y abstenerse a realizar ventas atadas de sus productos. Y en el caso brasileño, la transferencia de la marca Bavaria a un

65 Para un mayor detalle sobre el análisis de la fusión por la agencia de competencia de Brasil, revisar UNCTAD. *Control de las fusiones en los países en desarrollo: enseñanzas de la experiencia del Brasil*. Informe realizado por Paulo Correa y Frederico Aguiar, pp. 13-24.

competidor que no alcanzara el 5 por ciento de participación del mercado y el ofrecimiento de cinco instalaciones de producción de cerveza al nuevo propietario de la marca Bavaria.

Como vemos, resulta significativa la diferencia entre la preocupación de los efectos que una operación de concentración de considerable magnitud pudiera causar en la competencia efectiva en los mercados en países como Brasil y Argentina, que adoptaron el sistema de control de fusiones en 1994 (Ley 8884) y 1999 (Ley 25.156), respectivamente. Esta situación dista mucho de parecerse a la actual, con un vacío existente en la normativa peruana *antitrust*.

Para conocer más sobre la realidad peruana, en comparación con los demás países del mundo, hemos considerado el Informe de Competitividad Global 2010-2011 (*The Global Competitiveness Report*) elaborado por el Foro Económico Mundial (*World Economic Forum*).⁶⁶

De la lectura del informe se desprende que en relación con el tamaño del mercado doméstico —obtenido de la suma del producto bruto interno más el valor de las importaciones y menos el valor de las exportaciones—, tenemos que el Perú se ubica en el puesto 44 del *ranking* global. Para hacernos una idea más clara del considerable tamaño que nuestra economía ha alcanzado, debemos considerar que países de la región como Chile, Ecuador o Uruguay se ubican en los puestos 46, 60 y 86, respectivamente; mientras que países como Argentina o Brasil se encuentran en el puesto 22 y 8, respectivamente. Si bien ello no determina el estatus de desarrollo del país, pues el índice depende del tamaño en términos cuantitativos y no cualitativos del mercado, lo cierto es que sirve para considerar que actualmente la economía peruana presenta un tamaño considerable.

Otro dato directamente relacionado con la materia tratada en la presente investigación corresponde a la interrogante de hasta qué punto en cada país es promovida la defensa de la libre competencia por las políticas *antitrust*. Habida cuenta la escasa preocupación política presentada por los gobiernos para fortalecer dichas políticas, no debe sorprender que el Perú se encuentre en el puesto 76 de un total de 139 países, precedidos por Brunei Darussalam, Cabo Verde, Pakistán, Grecia, Marruecos, Senegal, Barbados, Nigeria y Tanzania y

66 El índice de competitividad global ha sido elaborado anualmente por el Foro Económico Mundial desde 1979, donde se evaluó, en el informe de 2009-2010, a un total de 139 países. El referido índice sirve para medir la habilidad de los países para proveer las condiciones necesarias de prosperidad a sus ciudadanos, en relación con los beneficios que son esperados por el correcto funcionamiento de una economía de libre intercambio de bienes.

antecediendo a Camerún, Letonia, Camboya, Uganda y Trinidad y Tobago.⁶⁷ Para hacer una comparación con países de la región, vemos que en dicho índice sobre políticas *antitrust*, Chile y Brasil se ubican en las casillas 22 y 29, respectivamente, mientras Bolivia y Ecuador se ubican en los puestos 124 y 133, en ese orden.

Si bien es difícil determinar la influencia directa de la omisión en nuestro país del establecimiento del control de estructuras –como un complemento del control de conductas que sirva como mecanismo de defensa de la libre competencia– en la obtención del bajo nivel en cuanto a la adopción de políticas que protejan la competencia antes expuesto, lo cierto es que permite apreciar la escasa voluntad de las autoridades estatales para reforzar dichas políticas públicas.

Como dato adicional,⁶⁸ hemos revisado la legislación *antitrust* vigente en los primeros cincuenta países en el *ranking* antes mencionado. De ahí, verificamos que al menos en 41 de ellos existen políticas de control de estructuras, como Suecia, Holanda, Finlandia, Francia, Japón, Alemania, Estados Unidos, Austria, Canadá, Chile, Brasil, Turquía, Australia, República Checa, China y Bélgica; sin embargo, no hemos logrado corroborar dicha información en nueve países como Túnez, Emiratos Árabes, Bahrein, Arabia Saudita, Qatar, Malta, Gambia, Sri Lanka y Ruanda.

De este modo, el problema sobre la implementación del control de concentraciones empresariales en el Perú no resulta del todo ajeno a nuestra realidad. Quedan entonces delimitadas las fronteras temporales y fácticas donde se ubica el problema sobre la coherencia de los argumentos en contra de la adopción de políticas de control de fusiones en nuestro país.

Conclusiones del capítulo

1. La evolución de la intervención del Estado en la economía ha variado considerablemente a través del tiempo. Existen tres momentos claves para comprender el plano teórico y práctico en el que aparecen las normas de defensa de la competencia, relacionados con el sistema económico mercantilista vigente hasta fines del s. XVIII, en el que los Estado-nación mantuvieron un fuerte di-

⁶⁷ Foro Económico Mundial, *op. cit.*, p. 430.

⁶⁸ Global Competition Review (GCR). *Merger Control. The international regulation of mergers and joint ventures in 65 jurisdictions worldwide - 2011*. Londres: Ed. Law Business Research Ltd., 2011.

rigismo en la economía tendiente a eliminar la competencia en los mercados. Posteriormente aparecerían dos movimientos intelectuales: las escuelas fisiocrática y clásica de la economía, que revolucionarían el pensamiento mercantilista con una filosofía que se basaba en un orden natural del mercado en el que los individuos, al buscar su beneficio propio, generan una maximización del beneficio económico en la sociedad, muchas veces resumido en la frase *laissez faire, laissez passer* ('dejar hacer, dejar pasar'). Ello introdujo el sistema de competencia como principio autorregulador del mercado.

2. Tiempo después, la exacerbación de la libertad individual promovida contra el mercantilismo terminó por rebalsar sus propias expectativas de beneficio social al propiciar la formación de distintas imperfecciones en los mercados, entre las que destaca la conglomeración de capitales o monopolización de los mercados. Esto último propició una nueva reforma —reconocida por los defensores de las escuelas fisiocrática y clásica de la economía— en la que se concebirá nuevamente la idea de intervención del Estado en la economía, aunque estaría restringida a combatir la formación de tales imperfecciones que el sistema de libre competencia no era capaz de corregir. De allí surge la denominada escuela neoclásica de la economía, que observó el modelo de competencia perfecta como utópico e inició el estudio de formas no competitivas que resultan más eficientes para los mercados, como los monopolios naturales.

3. En dicho contexto, en los Estados Unidos de América la preocupación generada por el aumento de las concentraciones por los conocidos *trusts*, estructurados para monopolizar el mercado e influir en los niveles de precio, se materializaría en la redefinición del rol del Estado en la economía y se decretaría una de las primeras legislaciones antimonopolio o *antitrust*. Pero fueron los procesos de concentración económica los que generarían la preocupación del Estado por estructurar un sistema que tendría como fin evitar el menoscabo de la competencia efectiva en los mercados, que podían ser causados, paradójicamente, por la propia libertad que se debe defender para crear así un equilibrio. Asimismo, existe un correlato entre el desarrollo de las ideas que propiciaron las libertades individuales como principio rector del sistema económico y las que originaron la desconcentración del poder político en pos de una sociedad con mayor participación del individuo en las decisiones políticas (democracia económica y democracia política). En ambos casos, el principio rector es la no concentración del poder en una persona.

4. Las políticas de defensa de la competencia se pueden definir como el conjunto de normas dirigidas a la intervención del poder público en la economía, y que tienen como objetivo velar por el mantenimiento de las reglas

de juego del mercado, esto es, la libertad de competir de los individuos. Situación que puede ocurrir a través de diversos actos anticompetitivos, como el abuso de una posición de dominio, la fijación concertada de precios que falsea la competencia o los actos de concentración que pueden derivar en una reducción considerable de la competencia. Ello no quiere decir que el proceso competitivo no pueda hacer perecer a las empresas menos eficientes o que una empresa alcance una posición de dominio, pues aquello resulta deseable para el bienestar del mercado, sino que se procura evitar que ello suceda por medios distintos a la eficiencia económica.

5. Los sistemas normativos de defensa de la competencia, tradicionalmente, se dividen en control de conductas, disposiciones que permiten a las agencias de competencia reprimir *ex post* los comportamientos anticompetitivos —abuso de la posición de dominio y acuerdos colusorios—; y control de estructuras, normas cuyo objetivo es evitar la formación de estructuras de mercado nocivas para la competencia —permite a la agencia de competencia la revisión *ex ante* de ciertas operaciones de concentración—. En ambos casos, la intervención del Estado en la economía es residual —más aún en el control de estructuras—, pues en una economía de mercado el principio fundamental es la autorregulación a través de las libres decisiones individuales, por lo que una aplicación de las normas *antitrust* se produce cuando existe certeza de los efectos anticompetitivos. Precisamente, el control de fusiones económicas corresponde a un sistema normativo que no ha sido considerado en la normativa peruana de libre competencia.

6. A mayor profundidad, el sistema de control de estructuras pretende evitar que un competidor adquiera el control suficiente sobre otro sin que la agencia de competencia haya establecido previamente si es compatible con el mercado o, por el contrario, si su condicionamiento resulta necesario o si debe declararse su incompatibilidad, por ocasionar un grave impedimento al desenvolvimiento de la libre competencia y concurrencia en el mercado. La característica de aprobación previa responde a la lógica de que una vez realizada la concentración, resultaría más costoso y difícil (a veces imposible) revertir sus efectos; situación que la doctrina compara con los «huevos revueltos» que pretenden regresar al cascarón. Sin adelantar más, podemos decir que los efectos anticompetitivos de una concentración ocurren únicamente en ciertas circunstancias del mercado, tales como altas barreras comerciales o legales de entrada, lo que hace probable o improbable que un competidor real o potencial pueda influir en los precios (los denominados mercados desafiables, disputables o *contestable markets*). Los alcances modernos del control de fusiones serán analizados con mayor detalle en su oportunidad.

7. En el Perú, el espacio-tiempo en el que surgen las normas de libre competencia guarda armonía con la reseña realizada en los puntos 1 a 3 precedentes. En efecto, estas aparecieron de la mano de importantes paquetes de reforma para la apertura económica, seguidas por la mayoría de países latinoamericanos a inicios de la década de los noventa —promovidos principalmente por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo—, entre las que se incluyó la obligación de promulgar una legislación antimonopólica. En ese contexto, el gobierno efectuó importantes reformas dirigidas a proveer una estructura favorable a la apertura económica a través de: (i) proceso de privatización de las empresas públicas; (ii) desarrollo de un marco institucional de regulación de los servicios públicos, y (iii) creación de un marco legal para la protección del sistema de libre mercado.

8. Años después, luego del denominado «autogolpe» realizado por el entonces presidente de la República, Alberto Fujimori, se promulgaría la Constitución Política de 1993, la que otorgaría rango constitucional a las políticas de apertura económica que venían siendo aplicadas desde inicio de los noventa. Es importante indicar que la nueva Constitución Política de modo alguno prevé un régimen cercano al *laissez faire* de las decimonónicas escuelas fisiocrática o clásica de la economía, sino uno donde si bien se reconoce como sistema económico al de libre mercado, se otorga al Estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir, con el objetivo de optimizar el funcionamiento de los mercados. Así, en los primeros años de la década los noventa fueron promulgadas diversas leyes destinadas a la defensa directa o indirecta del sistema del libre mercado, entre las que destaca el Decreto Legislativo 701 que implementó el control de conductas anticompetitivas que fuera reseñado en el punto 5 anterior.

9. Corresponde hacer un paréntesis para mencionar que en noviembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley 25868, el cual creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), encargado de la aplicación de las disposiciones destinadas a proteger la libre competencia en el mercado, así como las relacionadas con los derechos de propiedad intelectual. Para cumplir tales funciones, fueron creados diversos órganos resolutivos de primera y segunda instancia administrativa, y se encargó la aplicación de las disposiciones de defensa de la libre competencia a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia, específicamente a su Sala de Defensa de la Competencia N.º 1.

10. Existen dos puntos trascendentes para la extensión del presente libro. En primer lugar, la filosofía imperante en la primera década de funcionamiento de la agencia peruana de competencia estuvo dirigida más a promover la competencia que a hacer cumplir la legislación (acción coercitiva), pues existía el temor de volver a la experiencia controlista de las décadas pasadas, lo que influyó en la dejadez de dicha institución en la implementación de normas de control de fusiones. En segundo lugar, el considerable desarrollo que ha conseguido la agencia peruana de competencia al pasar de tener solo 120 funcionarios y un presupuesto anual de medio millón de dólares en 1998 a los 878 colaboradores y los casi ochenta millones de soles que manejaría a poco más de una década después. Dicho desarrollo se refleja en una mayor participación de la agencia peruana de competencia en la solución de los conflictos generados contra las reglas del libre mercado.

11. Es útil destacar, dentro del paquete de normas dictadas a inicios de los noventa, la promulgación del Decreto Legislativo 701, el cual reuniría las normas *antitrust* peruanas enfocadas en la política de control de conductas (*ex post*) basadas en las dos figuras tradicionales de abuso de la posición de dominio y acuerdos restrictivos, excluyendo del sistema de defensa de competencia al control de estructuras (*ex ante*) conforme a lo indicado en el punto 5 anterior. Años después, a propósito del reforzamiento de la apertura del mercado eléctrico promovida por el proceso de privatización de empresas estatales y la modificación de una disposición legal que permitió a una misma empresa participar en los mercados de distribución, transmisión o distribución eléctrica, fue dictada la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, que representa hasta nuestros días la única norma peruana de control de estructuras.

12. A pesar de que el desarrollo del sistema de control de fusiones en el sector eléctrico será desarrollado recién en el capítulo iv, resulta incoherente que la apertura económica del sector eléctrico, en línea con la aparición de la legislación *antitrust* comentada en los puntos 1 a 5, haya traído aparejado la implementación de una norma de control de estructuras; mientras que la considerable apertura económica de todos los mercados nacionales a inicios de los noventa no incorporara una norma similar de carácter general. Es posible que se debiera a la resistencia a una política que podía confundirse con el fuerte intervencionismo ocurrido en décadas pasadas, lo que se confirma por el hecho de ser uno de los argumentos en contra de su implementación que serán tratados con mayor detalle en el capítulo v.

13. Posteriormente, en un nuevo impulso en la apertura económica representado por la firma del Acuerdo de Promoción Comercial del Perú-Estados Unidos de América, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el cual se constituirá en el nuevo marco jurídico para la defensa de la libre competencia en reemplazo del DL 701. Entre las nuevas disposiciones más destacables se encuentran la inclusión en el texto normativo del principio de primacía de la realidad, la aclaración de las reglas de prohibición relativa o absoluta que debían ser aplicadas para evaluar cada práctica anticompetitiva y la delimitación técnica de los conceptos de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias. Con todo, es importante apreciar que en un nuevo impulso de apertura económica de los mercados nacionales fue nuevamente omitida la dación de normas de control de concentraciones empresariales.

14. Pasando al plano fáctico, hemos apreciado que a pesar de las positivas reformas estructurales promovidas en el Perú, los niveles de concentración que presentan los principales mercados son altos. Lo que es aún más preocupante es que los productos involucrados en los sectores muy concentrados influyen directamente en la canasta básica familiar —como lácteos, fideos, aceites comestibles, huevos y pollos (avícolas), azúcar o embutidos—, mientras que otros influyen, al menos, indirectamente —como los combustibles, gas natural, petróleo, jabón de lavar y detergentes—. Además, los productos relacionados con el sector construcción —como cemento, hierro y acero— presentan índices de concentración, lo que resulta especial si consideramos que sus altos niveles de crecimiento se ve reflejado naturalmente en altos niveles de consumo de dichos productos. A pesar de la innegable participación de tales mercados en el crecimiento económico promedio de 6,7 por ciento del producto bruto interno en nuestro país, lo cierto es que los altos grados de concentración indican la existencia de disparidades importantes en el poder de mercado; esto haría posible una influencia directa de las empresas dominantes en el mantenimiento de niveles de precio supracompetitivos, cuya explicación económica será presentada con mayor profundidad en el capítulo III.

15. Es sabido que los procesos de concentración de capitales, aunque fenómeno natural del libre mercado, pueden poner en peligro la estabilidad del sistema de libre intercambio y generar traslados de excedentes de los consumidores a los proveedores, al nivel de volver ineficientes los resultados del mercado, como fue expuesto en el punto 2 anterior. Precisamente esto es lo que procura evitar el sistema de control de estructuras como mecanismo integrante de las políticas de defensa de la competencia. En ese sentido, en vista del considerable grado de concentración de los mercados más importantes de

nuestro país, existe una razón apodíctica para preocuparnos por la omisión del control de estructuras en los mercados. Para hacer aún más gráfico el desinterés de nuestras políticas *antitrust*, podemos recordar el proceso de concentración económica producida en la década de los noventa en el mercado de cerveza nacional. La entonces Cervecería Backus & Johnston, luego de importantes adquisiciones de control de sus competidores, logró convertirse en el único productor de cerveza del Perú, hecho que no mereció revisión alguna por parte de la agencia de competencia peruana (que carece de facultades para analizar dichos actos de concentración). Por el contrario, en el mercado de cerveza de Brasil y Argentina se produjeron paralelamente fusiones entre los competidores más importantes, situación que les permitió acaparar hasta un 80 por ciento del mercado nacional. No obstante, las agencias de competencia en ambos países cuentan desde 1994 y 1999, respectivamente, con facultades para revisar las operaciones de fusión. Por ello, antes de que estas fueran ejecutadas, habían sido autorizadas con condicionamientos como la venta de marcas o de ciertas plantas de producción, ya que el objetivo era mantener los niveles de competencia efectiva en el mercado.

16. Por último, es útil considerar que el Perú se encuentra en el puesto 44 del *ranking* del Informe de Competitividad Global 2010-2011 publicado por el Foro Económico Mundial (*World Economic Forum*), en relación con el tamaño del mercado doméstico, en comparación con 139 países. Si bien esto no determina el grado de desarrollo del país, sí permite apreciar el considerable tamaño que la economía peruana ha alcanzado en la actualidad. A pesar de ello, es sintomático encontrar que, en relación con la percepción de la promoción de la defensa de la libre competencia a través de las políticas *antitrust*, nuestro país se ubica en el puesto 76 del *ranking* global. Hecho que permite entender la escasa voluntad política que ha existido en el referido sector, lo que ha influido en la omisión de la implementación de un sistema de control de fusiones.

