

La participación de estos licenciados podría explicar, en parte, el amplio apoyo electoral que ha obtenido la candidatura del comandante Ollanta Humala en las regiones pobres e indígenas más afectadas por la guerra antisubversiva. Sin embargo, esto es más una hipótesis de trabajo que una certidumbre. Sorprende, eso sí, la forma en que, en tan pocos meses, esta candidatura ha podido construir una estructura política nacional de apoyo. Según el informe del conteo rápido de Transparencia, Unión por el Perú tuvo personeros en 75,5% de todas las mesas de sufragio a nivel nacional, mientras Unidad Nacional lo hizo en 77,8% y el APRA en 78,6%. Indudablemente, en esto juega un papel la existencia de experimentados operadores políticos de origen izquierdista que se encuentran a disposición de alguna candidatura con posibilidades de éxito. También que los candidatos al Congreso fueron los encargados de reclutar y colocar a personeros con el objeto de

defender sus propios votos en las mesas. Sin embargo, esta explicación no parece ser suficiente, lo cual sugiere la participación de los licenciados en las actividades de vigilancia electoral.

En suma, existen demasiadas evidencias de los estrechos vínculos entre lo militar y lo político como para sustentar la idea de que el comandante Ollanta Humala es un outsider, un personaje excluido de las instituciones del poder y sin vínculos con los círculos políticos. Este no parece ser el caso, más aún si pertenece a una institución que ha participado y participa en la política peruana desde la fundación de la República. Necesitamos una discusión más áspera y menos liviana, como bien reclama Romeo Grompone, para avanzar en el conocimiento de los procesos políticos. Estas notas se inscriben en esta dirección. ■

EL CONTROL DE FUSIONES COMO DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Julio Durand Carrión

Vicepresidente de la Sala de Defensa de la Competencia
del Tribunal de INDECOPI

Introducción en el tema

A principios de la década de 1990, el Perú vivió un proceso de estabilización y de reformas estructurales que incluyó un cambio en la política económica y una preocupación sobre un tema olvidado: la necesidad de mejorar los niveles de competitividad de las empresas para permitir su desarrollo eficiente en un mercado globalizado y altamente competitivo. Se trataba de la transición entre una economía como la nuestra –en la que eran comunes la escasez de productos, los subsidios estatales, la especulación y el acaparamiento– hacia una apertura económica cuyo norte era el bienestar de los consumidores, con más opciones de bienes y servicios, mejor calidad y mejores condiciones.

En este proceso, fue necesario que, en noviembre de 1992, se creara el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), para que actúe como un ente que ga-

rantice la salud del sistema económico, de manera que las reglas básicas de la competencia sean respetadas.

El ámbito de acción del INDECOPI abarca aspectos muy diversos, aunque siempre unidos por el común denominador de la defensa del consumidor y la tutela del libre mercado. Uno de sus órganos funcionales es la Comisión de Libre Competencia, que cuenta con autonomía técnica y administrativa. Esta comisión tiene como finalidad principal procurar que se eliminen las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes, así como en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva de manera que se logre el mayor beneficio para los usuarios y consumidores.

Pero esta finalidad no es un mero concepto o declaración: se persigue que sea una realidad concreta. Se

busca que se den las condiciones que conduzcan a que el éxito empresarial esté en relación con la capacidad de las empresas de oír al consumidor y responder a sus demandas con eficiencia y competitividad. En el fondo, la competitividad no es una decisión del gobierno sino un acto de fe del sector privado en el marco que dicho gobierno propone. Precisamente, la fe en el sistema –es decir, su credibilidad– es la que asegura las normas de libre competencia.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 se reafirmaron estos conceptos. El artículo 61 dice: «El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios [...]». En otras palabras, el Estado debe establecer las normas, las condiciones y los procedimientos en los que la libre competencia pueda desarrollarse de la mejor manera. Al mismo tiempo, ejerce vigilancia para que las reglas funcionen y para que los actores del mercado se adecuen a ellas. Esto supone también que el Estado pueda forzar a cumplir las normas y que sancione las trasgressiones.

Uno de los principales problemas que tiene que superar la libre competencia es la existencia de posiciones dominantes o monopólicas. La Constitución se refiere expresamente a esta materia. Así, las posiciones dominantes son aquellas que, sin tener el control absoluto de la oferta o demanda de un producto, copan una parte significativa del mercado. Las posiciones monopólicas son aquellas que controlan absolutamente la oferta o la demanda de un producto.

Una de las formas de distorsionar la libre competencia se produce con la concentración de empresas, dentro de la cual está la fusión. Seguidamente, se analiza el tema y los distintos aspectos que confluyen en una regulación posible para el Perú.

La defensa de la competencia como instrumento de acción del Estado

Partamos de una premisa: nuestro país no tiene un sistema de control de fusiones. Salvo en la industria de la energía eléctrica, no existen normas que regulen de manera previa los requisitos, las autorizaciones y las condiciones a los que se deben sujetar las empresas que adoptan la decisión societaria de fusionarse.

Es previsible que una medida de esta naturaleza traiga consecuencia al sector empresarial, ya sea de manera colectiva a través de sus organizaciones –tales como la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), la Sociedad Nacional de Industria, las cámaras de comercio, etcétera– como de manera sectorial –tal es el caso de las empresas avícolas, mineras, textiles, pesqueras, agroindustriales, etcétera–. Es obvio que los empresarios velan por sus inversiones y sus intereses económicos, pero no nos olvidemos de que el consumidor es el fin último, quizás el único, de toda economía social de mercado. Aplicando el aforismo jurídico de conceder un trato desigual a los desiguales, es al consumidor a quien se debe proteger, ya que es la parte más débil del sistema.

El autor español Luis Casas Pallares¹ dice que la defensa de la competencia constituye actualmente, en la Comunidad Económica Europea, una forma de acción fundamental de la administración en el mercado para controlar, supervisar y dirigir los comportamientos de las empresas con el fin de mantener un régimen de competencia adecuado.

La defensa de la competencia, el llamado derecho *antitrust* en Estados Unidos, es una forma de intervención del Estado en el mercado diseñada para mantener una competencia adecuada. Por ello, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha indicado que el sistema del derecho *antitrust* se fundamenta en que: «La interacción no restringida de las fuerzas competitivas comportará una mejor asignación de nuestros recursos económicos, precios más bajos, mayor calidad y mayor progreso material [...]».²

Las leyes *antitrust* de Estados Unidos se remontan a varios siglos atrás. Ya la Constitución del estado de Maryland de 1776 indicaba que «los monopolios son indeseables, contrarios al espíritu del libre gobierno y los principios del comercio y no deberían ser tolerados».

Sin embargo, la evolución del sistema económico norteamericano, sobre todo a partir de la guerra civil, hizo necesaria una normativa dirigida concretamente a evitar las concentraciones de poder económico que causan

¹ CASAS PALLARES, Luis. *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Escola de Administració Pública de Catalunya, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas SA, 1995.

² "Northern Pacific Railway Co. vs. United States", 356 US 1,4 (1958). Citado en Casas Pallares, ob. cit., p. 36.

perjuicios a los ciudadanos. La expansión del mercado y las trascendentales innovaciones tecnológicas permitieron incrementar las ganancias de las empresas, al mismo tiempo que creaban problemas derivados de una intensificación de la competencia entre ellas. Las empresas buscaron, entonces, medios de protección para reducir la competencia a través de varias fórmulas. Se produjo una aceleración de la concentración del poder económico, que reemplazó al anterior sistema descentralizado en perjuicio de las pequeñas empresas.

Estas nuevas grandes empresas, que concentraban una parte importante del poder económico, no eran percibidas por el público en general como interesadas en la competencia, en la eficiencia o en la protección de los consumidores, sino en la acumulación de riqueza y poder. Las empresas que teóricamente debían competir entre ellas intentaban –mediante *trust*, acuerdos que permanecían secretos y monopolios– proteger su propio estatus económico a través del mantenimiento de precios y otros aspectos del entorno de la competencia.

Aparece, entonces, especialmente a partir de 1880, la demanda de una legislación cuyo objetivo sea la lucha contra estos acuerdos o situaciones de concentración de poder que sirven a unos, a su acumulación de riqueza y de mayor poder, en contra de los ciudadanos.

Posteriormente, esta preocupación originó la adopción, en 1890, de una normativa federal contra las combinaciones para restringir la competencia en el mercado y contra las situaciones monopólicas, la llamada Sherman Act. Como ha dicho Garrigues, esta legislación refleja «una lucha paradójica contra la libertad, en favor de la libertad».³ Esta ley aparece muy vinculada a la creencia, postulada por Thomas Jefferson, de que los monopolios son incompatibles con la tradición democrática de Estados Unidos.

Es preciso destacar la consideración que merece esta normativa por parte de la Corte Suprema americana: «El Derecho antitrust en general, y la Sherman Act en concreto, son la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para la preservación de la libertad económica y para nuestro sistema de libre empresa como es la Bill Of Rights para la protección de nuestras libertades personales fundamentales».⁴

3 Garrigues, Joaquín. *La defensa de la competencia mercantil*. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964.

4 Citado en Casas Pallares, ob. cit., p. 44.

En el año 2003 se informó que una investigación realizada por el Dr. Julio Pascual y Vicente, ex vocal del Tribunal de Defensa de España, descubrió que antes de la Sherman Act de 1890 existieron en el reino de Castilla y León otras normas *antitrust* que prohibían y sancionaban las conductas colusorias anticompetitivas. Estas normas, que se remontan al siglo XIV y estuvieron vigentes en España hasta mediados del siglo XIX, eran la Suma de Tratos y Contratos, de fray Tomás de Mercado, de 1571, y la Guía de Alcaldes y Ayuntamientos, de Jorge Torres, de 1847. Este constituye uno de los hitos más antiguos sobre la legislación en la materia.⁵

En Europa, la historia del sistema de defensa de la competencia tiene sus particularidades. El derecho comunitario de la competencia básico se encuentra recogido en los artículos 85 a 94 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En ellos se establecen normas aplicables a las empresas, normas relativas a las prácticas *antidumping* y normas acerca de las ayudas otorgadas por los Estados miembros.

El derecho *antitrust* de Estados Unidos ha tenido una notable influencia en el derecho comunitario de la competencia. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 se ha de inscribir en una oleada de legislaciones que son adoptadas en los Estados europeos después de la Segunda Guerra Mundial con el objetivo de proteger la libre competencia en el mercado. Esta oleada refleja un estado de opinión que se debe, en parte, a Estados Unidos, por su influencia en todos los órdenes sobre los países de la Europa occidental desde 1945. En ese momento se rechazan las políticas económicas dirigistas propias del período de entreguerras y se contempla al proceso competitivo como el tipo preferido de conducta económica.

La influencia de Estados Unidos en el proceso de reconstrucción de los Estados europeos tras la Segunda Guerra Mundial se hace notar indudablemente en la estructura de su derecho de la competencia. Garrigues afirma, de forma ilustrativa, que «he aquí que los principios americanos de la legislación antitrust penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania».⁶

5 Véase la separata de la *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, número 225, mayo-junio 2003, pp. 113-115.

6 Citado en Casas Pallares, ob. cit., p. 45.

En la totalidad de los Estados miembros de la Comunidad Europea se produce una coexistencia de normas protectoras de la competencia. Por un lado, el derecho comunitario. Por otro, el ordenamiento interno de los Estados miembros. Se trata de legislaciones que son autónomas entre sí en el sentido de que cada una tiene su propio campo de aplicación delimitado técnicamente a través de los elementos constitutivos de los distintos supuestos normativos previstos en los preceptos que protegen la libre competencia. El derecho comunitario se aplicará cuando, en concurrencia con otros aspectos, la conducta afecte al comercio entre los Estados miembros.

En el sistema europeo, esta coexistencia es posible por cuanto la presencia de normas comunitarias no supone la erradicación de la facultad soberana de los Estados miembros para regular legalmente, en el marco específico de su jurisdicción territorial, el funcionamiento de la competencia económica en el mercado interno o nacional, ni la imperatividad y supremacía normativa del derecho europeo de la competencia conlleva un efecto derogatorio o, en todo caso, excluyente de las legislaciones nacionales en materia de competencia.

Necesidad de regular el control de fusiones en el Perú

Actualmente, existen empresas con una marcada posición de dominio en el mercado que, en un abrir y cerrar de ojos, pasan de ser encarnizadas competidoras a formar un solo poder económico como consecuencia de un proceso de fusión, formándose monopolios u oligopolios, en el mejor de los casos.

Hemos sido testigos de innumerables procesos de fusión en los que, por falta de una regulación adecuada que estudie el impacto que tendrá este acto societario, se termina, por un lado, distorsionando al mercado, y por el otro, perjudicando a centenares de familias con reducciones de personal y ceses colectivos. Finalmente, el mercado se sostiene por la oferta y la demanda, y esta, a su vez, se sostiene por el consumo, y para que exista consumo es indispensable que haya trabajo.

El INDECOPI ha ganado experiencia en la aplicación de este mecanismo de control previo gracias a su aplica-

ción en el sector eléctrico, y se encuentra en la capacidad de proponer una regulación justa y eficaz para este tema. Se trata de elaborar un proyecto coherente y razonable, sin trámites engorrosos ni onerosos, pero salvaguardando las condiciones esenciales con las que debe contar el mercado para su óptimo funcionamiento, sin distorsiones de ningún tipo.

Asimismo, se debe tener en cuenta que existen pequeñas y medianas empresas cuya fusión no implica ningún peligro para el mercado. Por ello, se deben establecer volúmenes de ventas anuales o criterios de posicionamiento en el mercado que determinen cuáles son las empresas obligadas a presentar sus proyectos de fusión al INDECOPI. Cabe precisar que el actual proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, promovido por el INDECOPI para su debate y aprobación, contempla ya disposiciones muy precisas respecto a este tema.

Finalmente, el desarrollo del mercado interior y su integración en los procesos de negociación multilateral causarán importantes reestructuraciones en las empresas, particularmente a través de operaciones de concentración económica, entre las cuales la fusión es una de las más comunes. Por ello es necesario, en principio, valorar estos procesos, en la medida en que responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad y mejorar las posibilidades de crecimiento interno. No obstante, se debe cuidar que las concentraciones económicas no causen un perjuicio duradero a la competencia, de manera que la nueva legislación sobre la materia debe ser el instrumento jurídico específico que garantice el control efectivo sobre las prácticas que afecten la estructura de la competencia en el país. Por tanto, esta legislación debe contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan, eventualmente, obstaculizar en forma significativa la competencia efectiva en el mercado peruano o en una parte sustancial de este.

El tema es por demás polémico y necesariamente se requerirá voluntad política para regularlo. Pero vale la pena intentarlo a cambio de tener un mercado libre de obstáculos, distorsiones y limitaciones, y sobre todo, pensando en el bienestar del soberano del mercado: el consumidor. ■