

December, 2000

# Fusiones empresariales, control y libre competencia

Daniel Echaiz, Moreno

## APERTURA DE MERCADO

Fusiones empresariales,  
control y libre competenciaDANIEL ECHAIZ MORENO  
Abogado

En días recientes se anunció que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) trabajan una ley sobre control de fusiones empresariales. La noticia fue difundida por diversos medios de prensa y ha removido el sector económico; no es para menos, pues sus efectos son realmente importantes.

Este tema se encuadra en uno mayor que constituye tópico central en el Derecho de la Competencia; el llamado control de las concentraciones empresariales. De inicio, habrá que decir que se entiende por concentración empresarial a aquella situación en que dos o más empresas integran sus recursos (patrimonio, personal, infraestructura, entre otros) en mayor o menor medida; por consiguiente, son ejemplos de ella el consorcio, la asociación en participación, la agrupación europea de Interés económico, el *joint venture*, el grupo de empresas y, por supuesto, la fusión.

En este orden de ideas, el control se producirá cuando el Estado, mediante alguna oficina gubernamental, intervenga determinando si procede la operación mercantil o no, para lo cual (se supone) analiza sus implicancias en el mercado; es decir, hay un control *ex ante* que exige la comunicación obligatoria de la decisión concentracionista, a efectos de obtener el pronunciamiento estatal. Esto quiere implantarse en el Perú para el caso de las fusiones.

**Monopolio.** El argumento central expuesto por el titular del portafolio económico es que las fusiones empresariales crean progresivamente monopolios en diversos sectores, como telecomunicaciones, electricidad, tabaco y cerveza. Aquí precisaremos (como ya lo hemos hecho en anteriores oportunidades) que, en primer lugar, el asunto central es determinar si la empresa cuestionada detenta posición o no de dominio en el mercado y, en segundo lugar, si aquella empresa abusa de dicha posición de dominio; apréciase que sólo es sancionable esto último y no lo primero. Por lo demás, ése es el sentido de nuestra actual Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia (artículo 3) y de la Ley de Defensa de la Competencia de Argentina (artículo 1).

Lo explicado implica la posibilidad de un pronunciamiento estatal a lo largo de la "vida" de la empresa, pero no es un requisito previo como el control concentracionista que el Gobierno propone. La pregunta es: ¿sería conveniente instaurar el control de las fusiones empresariales en el Perú? Nuestra respuesta es, en principio, negativa.

Debe considerarse, primero, el excesivo costo del sistema, ya que implica acceder y cruzar información, así como contar con personal especializado para el análisis de variables económicas. De otro lado, tal situación es un mensaje negativo para los inversionistas (especialmente, extran-



Modernidad. La concentración empresarial es una excelente alternativa de desarrollo.

jeros), quienes al observar que el Estado los constriñe mediante trabas burocráticas al crecimiento meramente interno, canalizarán sus capitales hacia otros mercados. Y, en tercera instancia, existe una razón empírica contundente: en los países donde se ha implantado el referido control, el porcentaje de las operaciones no autorizadas fue menor al 2% del universo controlado (1.5% en la Unión Europea desde 1990; 1.2% en Estados Unidos anualmente; 1% en México durante 1997; 0.2% en Italia desde 1990; y otros), lo cual no justifica ni el gasto estatal ni el mensaje negativo. Por consiguiente, creemos que las normas de control de conductas del Derecho de la Competencia son suficientes.

**Sectores sensibles.** Cuando mencionamos nuestra respuesta, afirmábamos que ésta era negativa, pero en principio. Esto se debe a que existen sectores económicamente "sensibles" que, directa o indirectamente, afectan a la comunidad en su conjunto, por lo que aquí sí es necesario el control de concentraciones empresariales (constituyendo un caso excepcional). El ejemplo típico es el sector eléctrico y para él contamos con nuestra Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

Presumo, sin temor a equivocarme, que el excesivo fervor por dictar una Ley sobre Fusiones Empresariales tiene su principal origen en el caso Backus.

Con la adquisición de aproximadamente el 97% del capital del Grupo Cervetur por parte del Grupo Backus, este último pasa a "manejar" el 100% del mercado cervecero nacional, con lo que surgió la duda en el sentido de que si tal operación comercial afecta la libre competencia; incluso, se le quiso equiparar al famoso caso Microsoft y hubo quien abogaba por la división de la empresa al estilo anglosajón.

En el mundo actual (donde impera la economía globalizada, la apertura incansante de mercados y el ilimitado crecimiento corporativo), la concentración empresarial es una excelente alternativa de desarrollo porque sus efectos son, cuantitativa y cualitativamente, positivos; por ende, no debemos sentir temor por una fusión, un consorcio o un grupo de empresas. Obviamente (como en todo), pueden cometerse abusos y desdibujarse la esencia primaria de la figura; pues bien, ahí debe actuar el Derecho con disposiciones que regulen las facultades y obligaciones de las partes, pero eso no significa que actúe de la manera más fácil: prohibiendo que se realicen o dictando filtros burocráticos cuyo efecto práctico es similar. Recuérdese que las modernas formas de organización empresarial surgen por la necesidad del mercado y el Derecho debe promoverlas en un esquema jurídico racional; caso contrario, estaríamos ante una disciplina teórica alejada de la realidad.

NUEVAS  
publicaciones

## Análisis Tributario

■ Está en circulación *Análisis Tributario*, revista que publica el grupo AELE, correspondiente a diciembre del 2000. En este número, el análisis de coyuntura ha sido dedicado a la situación de la Sunat y del Tribunal Fiscal ("Tiempos difíciles... Una oportunidad para reinstitucionalizar nuestro país").

Se presentan dos interesantes informes, elaborados por el equipo de redacción, vinculados a la última modificación de la Ley del Impuesto a la Renta por Ley N° 27355 y "Precios de transferencia". Además, analiza el tema del Derecho a probar en el Procedimiento Contencioso Administrativo; y aspectos de la situación del arrendamiento financiero (*leasing*), a cargo de la doctora Mónica Benites Mendoza.

En materia tributaria aduanera se desarrolla el tratamiento aduanero del ingreso, permanencia y salida de vehículos para turismo. Incluye también una crónica institucional de la Sexta Jornada Nacional de Derecho Tributario, organizada por el Instituto Peruano de Derecho Tributario, sobre el comercio electrónico y su impacto en el Derecho Tributario, entre otros.

Para más información comunicarse a los teléfonos 447-2020, 447-5698 y 447-5935.

## Administración Pública

■ Editorial Jurídica Grijley presenta la segunda edición de *Delitos contra la Administración Pública*, obra del doctor Fidel Rojas Vargas. Así, el libro aparece en un contexto político acentualmente diferente al que sirvió de marco a la primera edición, en mayo de 1999.

En esta coyuntura, la delincuencia funcional se ha convertido quizás en uno de los más nutridos y variados renglones de la criminalidad en el Perú y en la mayoría de los países de la región, no tanto, obviamente, por las estadísticas procesales, pero sí innegablemente por las oscuras y soterradas cifras de incidencia criminal que, si bien no llegan a las instancias judiciales, sí son del conocimiento y dominio de la ciudadanía directamente afectada.

Para esta entrega se ha revisado en su totalidad el contenido de las páginas del discurso analítico *Intelectivo de la obra* y de los anexos jurisprudenciales. Agrega asimismo nuevos ítems: Funcionarios de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta; Interpretación literal o teleológica del artículo 40 de la Constitución Política.

Igualmente, los deberes éticos y administrativos de los funcionarios y servidores públicos; concepto anticipado y formal de funcionario público, entre otros. Para mayores informes llamar a los teléfonos 427-3147 y 426-5417.

