



# INFORMATIVO LEGAL

**RODRIGO & HERNÁNDEZ BERENGUEL**

Legislación, Doctrina y Jurisprudencia

Edición Facsimilar  
Desde 1961

LUIS CARLOS RODRIGO MAZURÉ

LUIS HERNÁNDEZ BERENGUEL

Nº 184 Octubre 2001

## EL DOMINIO DEL MERCADO Y SU REGULACIÓN JURÍDICA

Daniel ECHAIZ MORENO<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** 1. A manera de Introducción: dos casos recientes.- 2. Ordenando la problemática: algunas preguntas para el Derecho de la Competencia.- 3. Monopolio, oligopolio y monopsonio: tres fantasmas contra la libre competencia (¿ficción o realidad?).- 4. El debate crucial entre Derecho y mercado: ¿una ley antimonopolio o una ley pro-competencia?.- 5. El dominio en el mercado y el límite de la discordia: posición vs. abuso de posición.- 6. La tendencia universal en el Derecho de la Competencia: por una legislación para el libre mercado.- 7. La regulación jurídica peruana y su armonización con las modernas corrientes empresariales (despejando algunas dudas).- 8. Control de concentraciones empresariales: una defensa “costosa”, “perjudicial” e “inútil” del mercado.- 9. Reflexión final.-

### 1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: DOS CASOS RECIENTES

**Primer caso.** A inicios del año pasado, el Grupo Backus adquirió aproximadamente el noventa y siete por ciento (97%) de las acciones representativas del capital del Grupo Cervesur, con lo cual el primero sumó a su staff corporativo a cuatro nuevas empresas (Compañía Cervecería del Sur del Perú, Embotelladora Caplina, Embotelladora Frontera y Comercial Excel), consolidándose así en el mercado cervecero nacional. Inmediatamente se pronunció Herly Llerena García, en su condición de Presidente de la Asociación de Consumidores y Usuarios, señalando que “se hace prioritario... determinar acciones que impidan la constitución de futuros monopolios” y agregando que “todos los monopolios perjudican al consumidor”; por tales consideraciones,

solicita al Gobierno la dación de una ley antimonopolio y, citando la normatividad estadounidense sobre la materia, da a entender que aquí también debería existir la posibilidad de dividir una empresa al estilo Microsoft<sup>1</sup>. Hace poco tiempo, el citado profesional ha vuelto a exponer su punto de vista manifestando que, según nuestra legislación vigente, “el monopolio y toda práctica que limite la libre competencia están prohibidos”, siendo falso que sólo se sancione el abuso de posición de dominio y los acuerdos restrictivos de la libre competencia, fundamentando su tesis en el actual texto constitucional<sup>2</sup>.

**Segundo caso.** Durante las primeras semanas de noviembre del año 2000, el entonces Ministro de Economía y Finanzas, Carlos Boloña Behr, anunció que su portafolio ministerial y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) venían trabajando conjuntamente una ley sobre control de fusiones empresariales<sup>3</sup>, lo que supone que el Estado (mediante alguna oficina gubernamental) intervenga determinando si procede la operación mercantil o no, es decir, hay un control ex ante que exige la comunicación obligatoria de la decisión concentracionista, a efectos de obtener el pronunciamiento estatal. El argumento central expuesto por el titular de dicho portafolio fue que las fusiones empresariales crean progresivamente monopolios en diversos sectores, como telecomunicaciones, electricidad, cerveza y tabaco<sup>4</sup>.

### 2. ORDENANDO LA PROBLEMÁTICA: ALGUNAS PREGUNTAS PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El relato de ambos casos denota que esta-

mos ante una compleja problemática económica con implicancias jurídicas que exige respuestas adecuadas del Derecho de la Competencia, cuando menos para las siguientes preguntas: ¿la libre competencia se opone radicalmente a la existencia de monopolios?, ¿se requiere una ley antimonopolio o una ley pro-competencia?, ¿es sancionable la posición de dominio en el mercado o el abuso de ésta? y ¿se requiere el control de las concentraciones empresariales?. En el presente ensayo, pretendemos dar respuesta a estas interrogantes y, así, despejar varias dudas que aún subsisten.

### 3. MONOPOLIO, OLIGOPOLIO Y MONOPSONIO: TRES FANTASMAS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA (¿FICCIÓN O REALIDAD?)

Existen tres categorías conceptuales muy usuales en materia del Derecho de la Competencia, cuales son: monopolio, oligopolio y monopsonio, aunque la última de las mencionadas resulta ser menos común que las dos primeras. En términos sencillos puede afirmarse que el monopolio es la presencia de una sola empresa en un mercado, el oligopolio es la presencia de un reducido número de empresas en un mercado y el monopsonio es la presencia de un solo comprador y muchos proveedores en un mercado. Por consiguiente, entre éstas, la situación más extrema y fácil de hallar es el monopolio, de allí que (aunque las tres figuras explicadas sean presentadas como fantasmas que acechan contra la libre competencia) el monopolio haya sido satanizado por algunos como el mecanismo distorsionante de mayor envergadura y peores consecuencias.

Alberto Rebaza Torres, ex investigador del Instituto Libertad y Democracia, señala en tono reflexivo lo siguiente: "El objetivo de todos los agentes económicos que ingresan al mercado es apoderarse de él. Un inversionista busca, en primer lugar, aquel producto o servicio que aún no es ofrecido en el mercado o que tenga un precio alto. Deberá entrar con precios que le permitan utilidades, pero que sean suficientemente bajos como para que los consumidores opten por su producto. Su objetivo de largo plazo es claro: desplazar al resto de sus competidores, construir un monopolio. Y esto es bueno. Porque sólo podrá vencer a sus competidores en la medida en que satisfaga, de la mejor manera y a un menor precio,

los deseos e intereses de los consumidores. En consecuencia, el monopolio es producto de la libre competencia; atentar contra la formación de aquél es atentar también contra ésta<sup>5</sup>.

El texto anterior que suscribimos y que, seguramente, encolerizará a quienes creen ser defensores del mercado porque exigen la intervención estatal en la lucha frontal contra los monopolios, ilustra claramente la formación natural de éstos y por qué no deben ser vistos, de inicio o per se, como meros fantasmas de la libre competencia. Siguiendo a Alfredo Bullard Gonzáles, catedrático de Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, diremos que carece de sentido prohibir estas prácticas empresariales (nos referimos al monopolio, oligopolio y monopsonio) a rajatabla, puesto que en vez de causar perjuicios como normalmente se considera, generan beneficios traducidos en una superior eficiencia, lo cual redundará en consumidores y usuarios<sup>6</sup>.

El denominado monopolio de hecho (diferente a sus parientes cercanos que son el monopolio de derecho o legal<sup>7</sup> y el monopolio natural<sup>8</sup>) implica que una empresa queda como la única proveedora del mercado porque ninguna otra ha deseado ingresar a desarrollar dicha actividad económica o porque habiendo existido empresas que realizaban esas labores de producción o comercialización de bienes o de prestación de servicios han desaparecido ante la falta de preferencia de los consumidores o usuarios. Dante Mendoza Antonioli, quien se desempeñó como Secretario Técnico del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, refiere (acertadamente, creemos) que aquel es un proceso de competencia y selección natural, por lo que concluye que no sería lógico sancionar dicho monopolio, ya que de hacerlo estaría reprimiéndose el éxito empresarial y desalentándose el desarrollo del comercio<sup>9</sup>. Y es que el monopolio, junto al oligopolio y al monopsonio, debe ser visto como una práctica empresarial que, si bien no es la ideal (porque conlleva, obviamente, una potencial situación de distorsión del mercado), tampoco es condenable por el solo hecho de serlo.

El propio órgano gubernamental regulador de la libre competencia en el Perú, esto es, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

(Indecopi), precisa en uno de sus documentos publicados lo siguiente: "Es importante señalar que la existencia de un solo proveedor en un mercado no define necesariamente una situación de privilegio, para lo cual se requiere analizar la existencia de barreras de entrada que inhiban el ingreso de rivales potenciales a la industria en el largo plazo"<sup>10</sup>. Por ende, el monopolio, el oligopolio y el monopsonio no son más que tres fantasmas contra el mercado y la libre competencia que imperan en la ficción, tres situaciones económicas en su origen y con consecuencias jurídicas, tres figuras empresariales y cuyos efectos están condicionados al uso o abuso del cual sean objeto.

Lo que expresamos se ha visto reflejado en la legislación peruana, incluso a nivel constitucional. En efecto, la Carta Política de 1979 textualmente prescribió: "Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil" (artículo 133 ab initio). Sobre el citado dispositivo, Víctor Malpartida Castillo, catedrático de Derecho Económico en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, comenta que "la posición antimonopolista asumida en este artículo era criticada por prohibir los monopolios en sí mismos, siendo lo más aconsejable reprimir las prácticas abusivas emanadas de una posición dominante en el mercado"<sup>11</sup>. Continuando por este derrotero, la Constitución Política del Estado de 1993 modificó su espíritu legislativo en este tema y, consiguientemente, varió la redacción del texto legal, sobre lo cual nos pronunciaremos más adelante.

### 4. EL DEBATE CRUCIAL ENTRE DERECHO Y MERCADO: ¿UNA LEY ANTIMONOPOLIO O UNA LEY PRO-COMPETENCIA?

Habiendo arribado a la idea que el monopolio, el oligopolio y el monopsonio son, en principio, prácticas económicas no atacables jurídicamente por su sola presencia, entonces tampoco se justifica dictar dispositivos legislativos en contra de ellos, los mismos que usualmente reciben la denominación de "leyes antimonopolio". Entiéndase, una vez más y como bien indica Alberto Rebaza Torres, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, que "la existencia de un monopolio o, en todo caso, de una situación de posición dominante del mercado no significa en modo alguno la muerte de la competencia"<sup>12</sup>. Por ende, es necesario comprender que el propó-

sito intrínseco y primigenio de un marco jurídico sobre el particular no es atacar a los mencionados monopolios, oligopolios y monopsonios, sino el favorecer la competencia en el mercado.

Alfredo Bullard Gonzáles, magister en Derecho por la Universidad de Yale, explica este tema con las siguientes palabras que hacemos nuestras: "La desmitificación del monopolio y del oligopolio se vincula también con una correcta comprensión de los fines para los cuales se establecen regulaciones antimonopolísticas. Se ha creído por años que el fin de estas legislaciones era proteger a las empresas chicas del inmenso poder económico de las empresas grandes. Ello ha sido y seguirá siendo un error. Si una empresa pequeña no puede competir en el mercado ello puede deberse a su incapacidad para alcanzar economías de escala que le permitan producir bienes y servicios de la calidad y del precio deseados por los consumidores". Y, añade: "El verdadero objetivo de la legislación antimonopolística es proteger a los consumidores garantizándoles opciones adecuadas y suficientes a la luz del principio de eficiencia económica"<sup>13</sup>.

La legislación pro-competencia empieza por "destruir" dos preceptos erróneos, vinculados y ciertamente generalizados: (i) la concentración empresarial no es dañina y (ii) los monopolios, los oligopolios y los monopsonios no son atacables. Habiendo ya desarrollado este último postulado, ocupémonos seguidamente del primero.

La concentración empresarial es un moderno fenómeno económico-jurídico mediante el cual dos o más empresas integran sus recursos (patrimonio, trabajadores, know-how, etc.), a efectos de conseguir un beneficio común diferente al interés empresarial<sup>14</sup>, pudiendo manifestarse de manera múltiple por medio de la fusión<sup>15</sup>, el pool aeronáutico, el consorcio, la asociación en participación, el joint venture y el grupo de empresas<sup>16</sup>, entre otras figuras empresariales. El común denominador es la existencia de una empresa más fuerte y sólida en el mercado, lo cual es lógico porque ése resulta ser el objetivo que impulsa la operación concentracionista; "la unión hace la fuerza" sintetiza la idea que las empresas partícipes interiorizan, puesto que las mismas arriban a la conclusión que para "sobrevivir" en el mercado competitivo de hoy en día es imperativo aunar esfuerzos, llegando al extremo inclu-

sive de perder la autonomía jurídica.

En otro lugar y momento hemos manifestado que "en el mundo actual (donde impera la economía globalizada, la apertura incansable 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"<sup>17</sup>. Creer que una "empresa grande" (o, como suele denominarse, "una súper-empresa" o "una mega-empresa") es mala por el solo hecho de serlo constituye una falacia, así como un juzgamiento aventurero y apresurado que no se condice con las modernas tendencias empresariales; más bien, criterios como éste generan simplemente la coexistencia en el mercado de "muchas pequeñas empresas", no importando que sean o no eficientes, pero que para algunos ilusos defensores de quién sabe qué ideas es símbolo suficiente de libre competencia.

Lo que sí plantea la concentración empresarial es el establecimiento de normas jurídicas que cautelen los derechos de todos los grupos de interés involucrados, lo cual significa regular y no prohibir a las empresas derivadas de una operación concentracionista. Así, por ejemplo, es indispensable contar con una Ley sobre Grupos de Empresas (propuesta que venimos planteando desde nuestra tesis universitaria<sup>18</sup>) con el propósito de proteger a los inversionistas minoritarios, los trabajadores, los consumidores, los usuarios, los acreedores y el Estado en su relación con los grupos de empresas, pero bajo el entender que esta modalidad de organización empresarial debe ser promovida como herramienta idónea de desarrollo económico.

##### 5. EL DOMINIO EN EL MERCADO Y EL LIMITE DE LA DISCORDIA: POSICION VS. ABUSO DE POSICION

Uno de los temas más controvertidos dentro del Derecho de la Competencia es la disimilitud entre posición de dominio en el mercado y abuso de esta posición, lo cual más que una simple discusión conceptual o terminológica resulta ser el centro sobre el que se edifica todo el sistema normativo; de ahí su importancia.

La posición de dominio en el mercado es de-

finida usualmente como la capacidad que posee una empresa o varias empresas para actuar de manera independiente y con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. El mencionado texto contenido en el Tratado de Roma de la Comunidad Económica Europea (artículo 86) y en nuestra actual Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia (artículo 4) ha merecido algunas interesantes observaciones por parte de los especialistas María del Rosario Quiroga Glave y Miguel Rodríguez Zevallos.

Señalan dichos autores que las expresiones «independiente» y «prescindencia» "aluden a una empresa absolutamente omnipotente en el mercado, situación extrema y, por ello, muy difícil de darse en la realidad y probarse en la práctica". Y prosiguen su explicación en los términos siguientes: "En relación a los competidores, para que una empresa pueda actuar con prescindencia de ellos tendría que ser monopólica. En cuanto a los compradores o clientes, para ser independiente respecto de ellos tendría que tratarse de un producto que enfrenta una demanda casi totalmente inelástica. Y, finalmente, para prescindir de sus proveedores tendría que ser un monoposonio. Es sumamente difícil que una empresa presente esas condiciones"<sup>19</sup>. Precisamente por esta razón tan cierta es que la jurisprudencia extranjera ofrece muestras de flexibilización del concepto aparentemente rígido de posición de dominio en el mercado, tal como se aprecia en el controvertido caso "Continental Can" sucedido en Europa Comunitaria donde se resolvió que, si bien no existía un dominio absoluto del mercado, la empresa resultaba ser lo suficientemente fuerte para actuar con "relativa" independencia.

Aquí es preciso distinguir entre algunas figuras que suelen confundirse por creerse enteramente semejantes, cuando ello no es necesariamente así y dependen del sistema normativo en el cual se encuadran; nos referimos a las expresiones posición dominante, posición de dominio, poder de mercado, posición de poder y poder monopólico.

Sobre el particular, el profesor comercialista español César Parreño comenta: "La posición de poder es un eslabón más de la cadena que describe las situaciones de poder de una empresa. Cada eslabón de la cadena refleja una can-

dad de poder atendiendo a las circunstancias que rodean a un mercado relevante. La expresión máxima de poder coincide con la posición dominante, ubicada, por tanto, en el eslabón más alto de la cadena". En este orden de ideas, concluye: "Se puede afirmar que la posición dominante de una empresa refleja la posesión de una posición de poder sustancial. En cambio, el simple término posición de poder manifiesta la posibilidad de que una empresa pueda comenzar a asumir en el mercado un comportamiento independiente de sus rivales sin que corra el peligro de sufrir una erosión más o menos inmediata de su posición en el mercado"<sup>20</sup>.

Asimismo, según cierta fuente doctrinaria estadounidense, "poder de mercado es el que posee una empresa para incrementar precios por encima del nivel de competencia", mientras que "poder monopólico es una gran cantidad de poder de mercado"<sup>21</sup>. Por último, en este breve recuento, Guillermo Cabanellas de Torres, profesor emérito de la Universidad Argentina John F. Kennedy, sostiene que "el concepto de posición dominante permite sancionar conductas abusivas por parte de las empresas que tienen poder y no sanciona a las empresas sólo por su tamaño", diferenciándose de "los términos poder en el mercado o poder monopólico los que conducirían a sancionar el tamaño, en vez de sancionar las prácticas abusivas"<sup>22</sup>.

Vemos, entonces (como ya habíamos adelantado líneas arriba), que existen varios conceptos entremezclados que, aparentemente, generan confusión. Sin embargo, en tono simplista y descifrando la esencia de las figuras mencionadas, podemos arribar a la conclusión que lo que para los estadounidenses es poder de mercado y para los europeos es posición de poder, para nosotros es posición de dominio; igualmente, lo que para los estadounidenses es poder monopólico y para los europeos es posición dominante, para nosotros es abuso de posición de dominio.

Precisamente así hemos llegado a la otra cara de la moneda: el abuso de la posición de dominio, el mismo que configura el aspecto negativo, sancionable y reprochable. Téngase en cuenta, como nos lo recuerda el propio Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), que "una empresa puede tener una posición de dominio en el mercado, sin que ello constituya una

violación de los principios de libre competencia"<sup>23</sup>; consiguientemente, la legislación pro-competencia deberá "atacar" jurídicamente el abuso que se haga de la posición de dominio, pero no la sola posición de dominio; ya que de ser así estaríamos actuando bajo la creencia que las empresas grandes y/o fuertes o que las concentraciones empresariales per se son dañinas para la libre competencia.

##### 6. LA TENDENCIA UNIVERSAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: POR UNA LEGISLACIÓN PARA EL LIBRE MERCADO

La tendencia universal en el Derecho de la Competencia transita acertadamente por buen camino al sancionar el abuso de la posición de dominio en el mercado, con lo que se estructura una legislación pro-competencia y no antimonopólica. Así tenemos que la normatividad jurídica de Chile considera a la explotación abusiva de posición monopólica como una forma específica de restricción competitiva (artículo 6), de acuerdo a una correcta modificación de su texto original.

Por su parte, Argentina cuenta con su Ley de Defensa de la Competencia, aprobada mediante Ley N° 22262 del 1 de agosto de 1980, donde textualmente se estipula: "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes y servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general" (artículo 1). Comentando éste dispositivo legal, los abogados argentinos Aníbal Manuel Reyes Oribe y Francisco Javier Iraola apuntan que "la posición dominante por sí sola no constituye delito [sino que] hay delito si hay abuso y éste perjudica el interés general"<sup>24</sup>.

En Venezuela se dictó a inicios de la década pasada la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, siendo publicada en la Gaceta Oficial el 13 de enero de 1992. Ahí se regula nuestro tema con la siguiente redacción: "Se prohíbe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de esta ley de su posición de dominio, en todo o parte del mercado nacional..." (artículo 13). Reciente fallo jurisprudencial emitido el 11

de enero de 1999 por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia explica que para que pueda configurarse la violación de la norma antes citada, "es decir, para que exista un abuso de posición de dominio es necesario que previamente exista dicha posición" y, más adelante, añade de manera explícita que "la ley no prohíbe la existencia de posiciones de dominio, pues muy a menudo éstas se derivan de una mayor eficiencia"<sup>25</sup>.

El Derecho Comunitario europeo también se alinea en el sentido descrito, puesto que su pilar central es la sanción del abuso de la posición de dominio<sup>26</sup>. Al respecto, María Pilar Bello Martín-Crespo, catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad de Santiago de Compostela, explica: "En cuanto a la valoración de las operaciones de concentración, la Comisión en sus decisiones ha analizado dos grandes cuestiones. La primera es la de... determinar la existencia o no de posición dominante. La segunda cuestión... es la de si la posición dominante es un obstáculo significativo a la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo". Y, completando la idea, esta abogada agrega: "La Comisión considera que es un obstáculo significativo cuando permite a las empresas afectadas una actuación totalmente independiente de competidores o consumidores"<sup>27</sup>. Lo acotado es apreciable en reiterados fallos jurisprudenciales comunitarios, como aquel en el cual se resuelve "que la Comisión cometió un error de apreciación al no reconocer la existencia de un abuso de posición dominante"<sup>28</sup>, además de frecuente casuística donde destacan los recientes litigios que involucran a la empresa Microsoft<sup>29</sup>.

#### 7. LA REGULACIÓN JURÍDICA PERUANA Y SU ARMONIZACIÓN CON LAS MODERNAS CORRIENTES EMPRESARIALES (DESPEJANDO ALGUNAS DUDAS)

Con la dación del Código Penal, expedido en el mes de abril de 1991, se empieza una nueva etapa (quizás, recién sea su cabal inicio) para el Derecho de la Competencia en el Perú, puesto que en dicho texto legislativo se reprime el abuso de la posición monopólica u oligopólica o, como también se denomina, el abuso del poder económico dentro de la temática atinente a los delitos contra el orden económico (artículo 232). Hasta antes de la fecha señalada nuestra normatividad había proscrito la sola existencia de los monopo-

lios y los oligopolios; basta recurrir a la Constitución Política del Estado de 1979 (por aquel entonces vigente) para leer: "Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil" (artículo 133 ab initio).

Sin embargo, la norma del Código Penal indicada líneas arriba remite a la ley de la materia, lo cual configuró en su momento la utilización de la técnica jurídico-penal denominada "ley penal en blanco", puesto que en aquel momento se carecía de dicha ley especial. Hubo que esperar así hasta el mes de noviembre de ese mismo año 1991 cuando se dictó la Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 701, oportunidad en la que se dio contenido pleno al articulado penal. Esta norma específica es clara y contundente en su redacción: "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" (artículo 3).

Posteriormente, la Carta Política de 1993 adopta las tendencias modernas sobre Derecho de la Competencia imperantes en el mundo y cambia radicalmente su filosofía en comparación a su antecesora, de manera que ya no se prohíben los monopolios y los oligopolios, sino que se combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (artículo 61 primer párrafo). Empero, hay quienes no comprenden (o no quieren comprender) lo manifestado y aducen que, según el propio texto constitucional, "todas las formas de monopolio, así como cualesquiera otras prácticas en este sentido están prohibidas" y que "en tanto esté vigente dicha disposición constitucional, nadie puede asegurar que hay ciertas posiciones de dominio en el mercado o prácticas restrictivas que serían válidas en algunas circunstancias"<sup>30</sup>. Este argumento resulta falso y erróneo; veamos.

Si recurrimos a las actas del debate parlamentario a propósito de la elaboración de la Constitución Política del Estado (y con lo cual estaremos utilizando la llamada interpretación históri-

ca que nos ofrece la hermenéutica jurídica), veremos que en la sesión matinal del 14 de julio de 1993 cuando se analizaba el Título III referido al Régimen Económico, el congresista Carlos Torres y Torres Lara explicó: "Por lo pronto, hemos incorporado a nivel constitucional un principio que es fundamental: ningún derecho constitucional ampara el abuso"<sup>31</sup>. En igual sentido, en la sesión matinal del 24 de agosto de 1993 el congresista Manuel Moreyra Laredo traía a colación que "toda la doctrina moderna no sanciona el monopolio en sí, sino el abuso del monopolio"<sup>32</sup>. Es así que en la sesión vespertina de esta última fecha se aprueba el texto del artículo 68 que, con ligeras modificaciones de redacción, posteriormente se convirtió en el actual artículo 61<sup>33</sup>.

El espíritu constitucional se condice con la legislación pilar del Derecho de la Competencia en el Perú, esto es, la ya citada Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia<sup>34</sup>. Y la mejor doctrina nacional está de acuerdo; basta leer a Alfredo Bullard Gonzáles, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuando dice que "un primer punto importante es que no se considera como infracción la posición dominante en sí misma, sino el abuso de la misma", agregando que "se acepta el monopolio y, en general, la concentración de poder económico como un hecho que puede ser producto del propio sistema de competencia, prohibiéndose sólo el abuso de tal posición"<sup>35</sup>. Inclusive, ello se ha visto reflejado en varias resoluciones expedidas por el ente administrativo competente, como aquella del caso "Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (Aspec) vs. Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial (Corpac) y empresa Los Portales" donde se determinó que hubo abuso de posición de dominio en el mercado "al condicionar el pago de dos horas o fracción para el ingreso a la playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez" (artículo primero de la parte resolutive)<sup>36</sup>. Por lo demás, la tarea específica y principal de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es claramente expresada cuando se indica: "La función de esta Comisión es velar porque los agentes económicos no abusen de su poder en el mercado"<sup>37</sup>.

#### 8. CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES: UNA DEFENSA "COSTO-

#### SA", "PERJUDICIAL" E "INÚTIL" DEL MERCADO

En las últimas décadas, el Derecho de la Competencia en el ámbito comparado conoce un nuevo asunto dentro de su temática: el control de concentraciones empresariales. Su origen, según nos explica Eduardo Quintana Sánchez, "se encuentra en el temor a la concentración de los mercados, tanto en términos del número de empresas participantes como de su cuota de participación porque se presumía que la reducción de empresas ocasionada por las concentraciones empresariales generaba monopolios u oligopolios dañinos para la competencia"<sup>38</sup>. Repitiendo lo que señalamos al inicio de este ensayo, manifestaremos que el control se producirá cuando el Estado, mediante alguna oficina gubernamental, intervenga determinando si procede la operación concentracionista 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 empresarial, a efectos de obtener el pronunciamiento estatal.

Ciertamente, son varios los ordenamientos jurídicos nacionales que han estatuido mecanismos legales para el control de las concentraciones empresariales. A guisa de ejemplo, diremos que en Europa Comunitaria originalmente no se estableció ningún tipo de control, lo cual respondía a la intención gubernamental de "facilitar el aumento del tamaño de la empresa europea ante la competencia extra-comunitaria"; posteriormente, el 7 de junio de 1971, el Parlamento Europeo propuso la creación de un sistema de control previo de las operaciones concentracionistas de gran tamaño en el mercado común, lo que fue apoyado por la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas, realizada en París el 23 de diciembre de 1972<sup>39</sup>; hoy en día, existe una política de control de las concentraciones empresariales.

Asimismo, hay autores que abogan para que en sus respectivos países exista una legislación controlista; tal es el caso de Enrique Aimone Gibson y Mario Gianelli Gil, catedráticos chilenos en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, quienes califican a las fusiones como "la restricción competitiva por excelencia"<sup>40</sup>, así como el profesor peruano José Távora quien critica "la negativa a adoptar una

política explícita de fusiones<sup>41</sup>. Y completando la idea, hace poco tiempo The Wall Street Journal Americas advierte: "Cuidado al propiciar una fusión o una adquisición. Lo más probable es que las autoridades reguladoras del país en que usted opere tengan un criterio sobre su mercado muy distinto al suyo"<sup>42</sup>.

La pregunta que aflora naturalmente a estas alturas es si, en el Perú, debería regularse el control de las concentraciones empresariales. Nuestra respuesta es, en principio, negativa y son esencialmente tres las razones que sustentan tal postura. En primer lugar, radica el excesivo costo del sistema, ya que implica acceder y cruzar información, así como contar con personal especializado. En segundo lugar, está el mensaje negativo que se envía a los inversionistas, puesto que si éstos aprecian la existencia de trabas burocráticas que "condenan" a sus empresas al crecimiento meramente interno, entonces derivarán sus capitales hacia otros países. Y, en tercer lugar, una razón con eminente substrato empírico: en los países donde se ha implantado el control, las operaciones no autorizadas han sido inferiores al dos por ciento (2%) del universo controlado, lo que no justifica ni el gasto estatal ni el mensaje negativo; acerca de esto último y sólo por mencionar algunos datos, las estadísticas nos informan que dichas operaciones no autorizadas han sido del siguiente orden porcentual: 1.5% en la Unión Europea desde 1990, 1.2% en Estados Unidos anualmente, 1% en México durante 1997, 0.7% en Alemania desde 1973 y 0.2% en Italia desde 1990. Consecuentemente, creemos que las normas de control de conductas del Derecho de la Competencia son suficientes.

Aparte de las razones explicadas (que nosotros consideramos las fundamentales) existen otras que también deben considerarse y que refuerzan nuestra postura. Así, Beatriz Boza Dibós, ex Presidenta del Directorio del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), menciona la posibilidad de corrupción porque la autorización para que una empresa lleve a cabo planes de expansión o incursión en nuevos mercados estaría en manos de un burócrata y, además, el peligro de un tratamiento inadecuado de la confidencialidad concerniente a la información y la estrategia empresariales<sup>43</sup>. Incluso, el propio Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

(Indecopi) expone que "algunos países llevan a cabo controles sobre las fusiones como parte de sus políticas de libre competencia, pero en el Perú no, pues se considera que las reformas estructurales obligan a un necesario proceso de reestructuración empresarial", a lo cual añade que "el mercado peruano es pequeño para algunas actividades productivas, por lo que economías de escala pueden requerir que una empresa tenga una presencia importante en el mercado o una posición de dominio"<sup>44</sup>.

Cuando líneas arriba expusimos nuestra respuesta a la pregunta de si en el Perú debería regularse el control de las concentraciones empresariales, afirmamos que era negativa, pero en principio. Esta última acotación se debe al hecho que existen sectores económicamente "sensibles", en tanto directa o indirectamente afectan a la comunidad en su conjunto, por lo que aquí sí es necesario el control administrativo, constituyendo un caso excepcional; el ejemplo típico es el sector eléctrico, monopolio natural por antonomasia.

Consciente de tal situación, nuestro ordenamiento jurídico nacional cuenta con su Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, aprobada mediante Ley N° 26876 del 18 de noviembre de 1997, de acuerdo a la cual se dispone que "las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa..." (artículo 1 ab initio), siendo el órgano competente la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). De acuerdo a lo prescrito en el Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI del 2 de octubre de 1998, "toda la información presentada durante el procedimiento de notificación previa será tratada como confidencial y tendrá carácter reservado" (artículo 4 ab initio), con lo que pretende superarse una de las dificultades intrínsecas del control concentracionista, advertida por Beatriz Boza Dibós y que comentamos en su oportunidad. La trascendencia de estas normas jurídicas pudo apreciarse claramente en el reciente caso protagonizado por el Grupo Endesa (de España) que, después de adquirir la participación mayoritaria

en el Grupo Enersis (de Chile), estaría controlando a las empresas de generación eléctrica Edegel, Etevensa y Eléctrica de Piura, así como a las empresas distribuidoras eléctricas Edelnor y Eléctrica de Chancay<sup>45</sup>.

## 9. REFLEXIÓN FINAL

"Se dice que es un bien en sí cometer injusticia y un mal, padecerla. Pero mayor es el mal del que la padece que el bien del que la comete. Habiendo ensayado los hombres ambas y al cabo de conocer una y otra, no pudiendo los más débiles evitar los ataques de los más fuertes, ni atacarlos a su vez, convinieron en que era preferible no cometer ni padecer injusticias. Esta decisión dio origen a las leyes y convenciones. Se calificó justo y legítimo lo ordenado por la ley. Tal es el origen y la esencia de la justicia, término medio entre el mayor bien que deriva de cometer impunemente la injusticia y el mayor mal que consiste en no poder vengarse de la injusticia". El texto citado pertenece al filósofo griego Platón y puede hallarse en su célebre obra "La República" escrita hace más de dos milenios.

En efecto, la génesis de la ley (y, por extensión, del Derecho) la encontramos en el establecimiento de un orden social justo, de modo tal que es ella quien dispone qué es lo jurídicamente correcto; este pensamiento se ha degenerado, de manera tal que muchos Estados consideran ser los auténticos intérpretes de la justicia y, por tan-

to, de qué es lo bueno para la población, el mercado, la economía, la actividad empresarial, el desarrollo nacional, la competencia, etc. Sin embargo, el tiempo y los hechos se han encargado de demostrar que la anterior teoría no es absoluta y más bien que es compleja porque merece aplicarse diferenciadamente a sectores variados; por ejemplo: es plausible que la ley prescriba que toda persona tiene derecho a la vida, a un nombre y al respeto de su integridad, pero no sucede lo mismo cuando prohíbe tajantemente la sola existencia de monopolios u oligopolios en el mercado.

Los legisladores y demás operadores jurídicos deben interiorizar que el Derecho es un producto social y que, por ende, regula lo que en la sociedad se presenta; esto, consecuentemente, impide penalizar a priori estrategias, figuras, contratos u operaciones empresariales (aplicados de manera consuetudinaria y generalizada) porque se considere que atenta contra consumidores, usuarios, competidores, etc. La mejor forma de garantizar a todos los grupos de interés el respeto de sus derechos es creando los mecanismos idóneos de transparencia e información para que sea el propio mercado quien ponga en práctica sus "herramientas" de autocorrección y autorregulación. El Estado debe permanecer como un celoso vigilante de la legislación pro-competencia y actuar cuando ya no sea posible que el mercado corrija por sí solo los problemas que en él se presentan. **R&HB**

## Notas :

- \* Abogado por la Universidad de Lima, con estudios de post-gradó en la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, asistente de cátedra de Derecho Empresarial en la Universidad de Lima y miembro del Estudio Echaiz Abogados. Email: danielchaiz@yahoo.com Web: <http://derechoempresarial.deamerica.net>
- 1 "Para evitar abusos se necesita ley antimonopolio". En: Diario La República. Lima, 17 de mayo del 2000, p. 21.
- 2 Llerena García, Herly. "Los monopolios en el Perú". En: Diario Oficial El Peruano. Lima, 17 de enero del 2001, p. 28.
- 3 "Boloña insiste en una ley para controlar las fusiones". En: Diario El Comercio. Lima, 10 de noviembre del 2000. [http://www.elcomercio.com.pe/Texto/Html/2000-11-10/Economia\\_16474.html](http://www.elcomercio.com.pe/Texto/Html/2000-11-10/Economia_16474.html)
- 4 Para mayor información sobre este tema, véase: Echaiz Moreno, Daniel. "Fusiones empresariales, control y libre competencia". En: Diario Oficial El Peruano. Lima, 19 de diciembre del 2000, p. 28.
- 5 Rebaza Torres, Alberto. "Monopolios y cárteles: nuevas excusas para la intervención estatal". En: Revista Pauta. Lima, Instituto de Economía de Libre Mercado, octubre de 1994, N° 4, p. 14.
- 6 Bullard González, Alfredo. "Los monopolios en la Constitución. Entre el mito y la verdad". En: Revista Derecho & Sociedad. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, Año 5, N° 8-9, p. 8.

- 7 El monopolio de derecho o legal es aquel en el cual el Estado se reserva la facultad de realizar (sólo él) determinada actividad empresarial. Nuestra vigente Constitución Política del Estado expresamente ha prohibido esta modalidad cuando estipula: "Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios" (artículo 61 primer párrafo in fine).
- 8 De acuerdo al economista Carlos Boloña Behr, "un monopolio natural se refiere a la relación entre la demanda y la tecnología de la oferta, es decir, cuando el total de la demanda de un mercado puede ser satisfecha al menor costo por una sola empresa". Véase su artículo "El monopolio natural y su regulación". En: *Diario Gestión*, Lima, 9 de agosto de 1999.
- 9 Mendoza Antoniolli, Dante. "Aspectos generales de la libre competencia y los monopolios en el Decreto Legislativo 701". En: *Revista Derecho & Sociedad*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, Año 6, N° 10, p. 128.
- 10 Preguntas sobre políticas de libre competencia en el marco de una economía global. Lima, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, julio de 1996, p. 9.
- 11 Malpartida Castillo, Víctor. "Constitución Económica del Perú y el Derecho de la Competencia". En: *Revista del Foro*, Lima, Ilustre Colegio de Abogados de Lima, 2000, Año LXXXVIII, N° 1, p. 31.
- 12 Rebaza Torres, Alberto. "Monopolios y cárteles: nuevas excusas para la intervención estatal", citado en nota 5, p. 14.
- 13 Bullard González, Alfredo. "Los monopolios en la Constitución. Entre el mito y la verdad", citado en nota 6, ps. 8 y 9.
- 14 Para mayor información al respecto, véase: Echaiz Moreno, Daniel. "La concentración empresarial como mecanismo para el crecimiento corporativo". En: *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, Editora Normas Legales, marzo del 2001, Año LI, N° 20, ps. 125 a 137.
- 15 Echaiz Moreno, Daniel. "Las fusiones empresariales". En: *Diario Expreso*, Lima, 15 de agosto de 1999, p. 39, [http://www.expreso.com.pe/ediciones/1999/ago/15/op-ed/oped\\_03.htm](http://www.expreso.com.pe/ediciones/1999/ago/15/op-ed/oped_03.htm)
- 16 Echaiz Moreno, Daniel. "Los grupos de empresas en el Perú. Análisis y propuestas para una legislación integral". En: *Gaceta Jurídica*, Lima, Gaceta Jurídica Editores, septiembre del 2000, tomo 82-B, ps. 33 y ss.
- 17 Echaiz Moreno, Daniel. "Fusiones empresariales, control y libre competencia", citado en nota 4, p. 28 in fine.
- 18 Echaiz Moreno, Daniel. *Regulación jurídica de los grupos de empresas en el Derecho Empresarial peruano (bases para una legislación integral)*. Lima, tesis para optar el título de abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, julio del 2000.
- 19 Quiroga Glave, María del Rosario y Rodríguez Zevallos, Miguel. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Lima, M.J. Bustamante de la Fuente y Cultural Cuzco Editores, agosto de 1997, p. 58.
- 20 Giner Parreño, César. *Distribución y libre competencia (el aprovisionamiento del distribuidor)*. Madrid, Editorial Montecorvo, 1994, ps. 111 y 112.
- 21 Hovenkamp, Herbert. *Antitrust*, citado por Quiroga Glave, María del Rosario y Rodríguez Zevallos, Miguel. *La concentración de empresas y la libre competencia*, citados en nota 19, p. 60.
- 22 Cabanellas de Torres, Guillermo. *Derecho Antimonopolístico y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires, Editorial Heliasta, Biblioteca de Derecho Económico y Empresarial, 1983, volumen I, p. 194.
- 23 Preguntas sobre políticas de libre competencia en el marco de una economía global, citada en nota 10, p. 11.
- 24 Reyes Oribe, Aníbal Manuel e Iraola, Francisco Javier. "Defensa de la competencia: síntesis del sistema argentino actual y proyectos de reforma". En: *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, enero-abril de 1993, Año 15, N° 43, p. 9.
- 25 Resolución N° SPPLC/0047-99 de fecha 11 de enero de 1999. En: <http://www.procompetencia.gov.pe/spplc0047-99.html> (acápites 4.1. y 4.2., ambos ab initio).
- 26 Al respecto, véase: Muñiz Ziches, Jorge. "Código de Comercio, empresa y la libre competencia". En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa (mercado y empresa)*, Lima, Editorial Asesorandina, Serie Derecho, enero de 1997, N° 47, ps. 25 y 27. También consúltese: Abanto Vásquez, Manuel. "Los delitos contra la libre competencia: abuso de poder económico". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, GC Ediciones, julio-diciembre de 1995, Año III, N° 6, ps. 428 y 429.
- 27 Bello Martín-Crespo, María Pilar. "Seis años de defensa de la competencia en concentraciones de empresas realizadas en la CE". En: *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, Imprenta Aguirre, abril-junio de 1997, N° 224, ps. 898 y 899.
- 28 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de fecha 16 de diciembre de 1999 en el Asunto N° T-198/98. En: *Revista Comunidad Europea* Aranzadi, Navarra, Aranzadi Editorial, enero del 2000, Año XXVII, N° 1, p. 28.
- 29 Revítese, a modo de ejemplo: "Por presunto abuso de posición dominante, Comisión Europea abre proceso contra Microsoft". En: *Diario Expreso*, Lima, 4 de agosto del 2000, Sección Economía, p. 8.
- 30 Llerena García, Herly. "Los monopolios en el Perú", citado en nota 2, p. 28.
- 31 29° K sesión matinal de fecha 14 de julio de 1993. En: Congreso Constituyente Democrático. *Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno - 1993*. Lima, Congreso de la República, julio de 1998, tomo I, p. 749.
- 32 29° Q-1 sesión matinal de fecha 24 de agosto de 1993. En: Congreso Constituyente Democrático. *Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno - 1993*. Lima, Congreso de la República, julio de 1998, tomo III, p. 2257.
- 33 29° R-1 sesión vespertina de fecha 24 de agosto de 1993. En: Congreso Constituyente Democrático. *Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno - 1993*, citado en nota 32, p. 2310.
- 34 Sobre este tema, confróntese: García Montúfar Sarmiento, Juan. "Las regulaciones antimonopolio en el Perú". En: *Diario Oficial El Peruano*, Lima, 14 de diciembre del 2000, p. 28.
- 35 Bullard González, Alfredo. "La legislación antimonopolios y el mito del Muro de Berlín". En: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima, ARA Ediciones, 1996, p. 296. Además, recomendamos: Mendoza Antoniolli, Dante. "Aspectos generales de la libre competencia y los monopolios en el Decreto Legislativo 701", citado en nota 9, ps. 129 y 130; así como: Montoya Manfredi, Ulises. *Derecho Comercial*. Lima, Editora y Distribuidora Jurídica Griley, 1999, 10ª edición, tomo II, p. 520.
- 36 Resolución N° 057-95-INDECOPI/CLC de fecha 29 de diciembre de 1995. En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica Editores, julio de 1996, Año II, N° 3, ps. 168 a 174.
- 37 Informativo institucional intitolado. Lima, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, p. 8.
- 38 Quintana Sánchez, Eduardo. "¿Rezando entre tinieblas?: el credo del control de concentraciones empresariales". En: *Revista Thémis*, Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, Segunda Época, N° 39, p. 225.
- 39 Para mayores detalles sobre la evolución legislativa europea en esta materia, véase: Bello Martín-Crespo, María Pilar. "Seis años de defensa de la competencia en concentraciones de empresas realizadas en la CE", citada en nota 27, ps. 890 y ss.
- 40 Aimone Gibson, Enrique y Gianelli Gil, Mario. "El Derecho chileno. Datos generales". En: *Monopolio y Derecho*. Valparaíso, Editorial Edeval, 1988, p. 57.

- 41 Távora, José. *Las políticas antimonopolio y la promoción de la competencia en el Perú*. Lima, Centro de Investigaciones Sociales, Económicas, Políticas y Antropológicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, septiembre de 1997, Documento de Trabajo N° 138, p. 34.
- 42 "Las fusiones aumentan, pero encaran mayores obstáculos". En: *The Wall Street Journal Americas*, Suplemento del Diario El Comercio, Lima, 30 de mayo del 2000, p. b6.
- 43 Boza Dibós, 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, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, mayo de 1998, p. 158.
- 44 Preguntas sobre políticas de libre competencia en el marco de una economía global, citada en nota 10, ps. 11 y 12.
- 45 Consúltese: "Endesa requiere visto bueno de Indecopi para mantener integración vertical". En: *Diario Expreso*, Lima, 11 de junio de 1999, [http://www.expreso.com.pe/ediciones/1999/jun/11/economia/eco\\_13.htm](http://www.expreso.com.pe/ediciones/1999/jun/11/economia/eco_13.htm) e "Indecopi sanciona a Endesa". En: *Diario La República*, Lima, 5 de febrero del 2000, p. 12.