

La Concentración y Concertación Empresarial en los Planos de lo Positivo, Difuso y Negativo

Autor: Benito Villanueva Haro

Resumen del Informe :

La concentración y concertación empresarial son conductas económicas de naturaleza multiarticulada, coordinada (vertical u horizontal), acumulativa (aportes, crédito, utilidades, reservas, beneficios, primas de capital, excedente de revaluación, clientes, acciones, bonos) pluriparticipativa, generar situaciones (efectos económicos reales o probables), vínculos (de hecho y de derecho) y relaciones (de coordinación y de subordinación), amparado en el pluralismo económico y la libertad de empresa. El abuso de estas prácticas empresariales es sancionado por la autoridad administrativa, quien evaluará los efectos económicos negativos en los inversionistas minoritarios, los trabajadores, los consumidores, los usuarios, los acreedores, el estado, el mercado, el desenvolvimiento comercial y los proveedores.

Sumario : I. Introducción. II. Concentración Empresarial III. Concertación Empresarial Vinculación con la Concertación Empresarial VI. Justificación de su Desarrollo V. Los Acuerdos de Menor Importancia VI. Reflexiones Finales

Marco Normativo :

1. Acuerdo de Cartagena - Decisión 285
2. Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de la Competencia Desleal – D.S. N° 039 – 2000 – ITINCI
3. Lineamientos sobre Competencia Desleal – Resolución N° 006 – 2000 – CCD –INDECOPI
4. La Ley de la Actividad Empresarial del Estado – Ley N° 24948
5. La Ley de Protección al Consumidor – D. Leg. 716
6. La Ley de Eliminación de Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia – D. Leg. 701
7. El Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta D.S. N° 45 – 2001 – EF
8. El Reglamento de Hechos de Importancia e Información Reservada – Resolución CONASEV N° 307-95-EF/94
9. La Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo – D.S. 055-99 –EF
10. La Ley de Mercado de Valores – D.Leg. N° 861
11. La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros – Ley N° 26702
12. La Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico – Ley 26876
13. El Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico – Resolución CONASEV N° 722-97-EF/94
14. La Ley General de Sociedades – Ley N° 26887
15. Las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico – Resolución SBS N° 001-98
16. El Reglamento para la Supervisión Consolidada de los Financieros y Mixtos – Resolución SBS N° 002-98
17. El Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico – D.S. N° 017-98 – ITINCI
18. La Ley del Sistema Concursal – Ley 27809
19. El Reglamento de Información Financiera – Resolución CONASEV N° 103 –99 –EF/94
20. El Reglamento de la Clasificación, valorización y Provisiones de las Inversiones de las Empresas del Sistema Financiero – Resolución SBS N° 1053 –99
21. El Reglamento de Fondos Mutuos de Inversión en Valores y sus Sociedades Administradoras – Resolución CONASEV N°026-2000-EF/94
22. Las Normas Prudenciales para las Operaciones con Subsidiarias y otras Empresas del Grupo Económico – Resolución SBS 436-2000
23. El Reglamento de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo – D.S. N° 064 – 2000- EF

24. Las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico – Resolución SBS N° 445-2000
25. El Reglamento para la Supervisión Consolidada de los Conglomerados Financieros y Mixtos
26. Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia – España
27. El Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado

I.- INTRODUCCIÓN

El fenómeno económico de la globalización nos trae a la empresa como “un ente social, jurídico, económico, axiológico, virtual, móvil, evolutivo en el tiempo, ubicable en el espacio; que se vincula al mundo a través de las relaciones contractuales, registrales e informativas, asimismo lleva consigo un motor integrador, interrelacionista, intermediario, inteligente, capitalizador, cooperativo, solidario y de ayuda en las economías. Necesita la presencia de los comportamientos humanos para poder dinamizarse en el mercado y mostrar sus productos, servicios, capitales para que le generen mayor prestigio, rentabilidad y empleo. Se sujeta a los cambios políticos, sociales, económicos, culturales, jurídicos, informáticos, tecnológicos y naturales y convive con bajo los principios generales del derecho, economía, administración, contabilidad etc”¹

El efecto natural de la nueva perspectiva de la empresa moderna ha permitido un crecimiento corporativo, incentivado por el proceso de integración de las economías mediante los convenios multilaterales y bilaterales de inversión, el aumento acelerado del consumo, los bajos costos laborales, la mano de obra barata calificada, los baja o nulos imposición tributaria, las privatizaciones, las concesiones, el e-commerce, la simplificación administrativa, las negociaciones comerciales, la competitividad empresarial, el abaratamiento y sofisticación de productos y servicios, el perfeccionamiento de las comunicaciones, la inversión de los estados en infraestructura vial, fluvial, portuaria y aeródromos, la búsqueda de socios estratégicos, etc.

II. La Concentración Empresarial

En el marco del análisis de la concentración empresarial, determinaremos que esta figura tienen tres planos : Positivo, Difuso y Negativo.

- a) **El Positivo**, aumento de capital, reservas, utilidades, excedentes de revaluación, desarrollo de grandes proyectos empresariales, ingreso a nuevos mercados de consumo, intercambio de ideas, aceleración de la producción, oportunidades de empleo, beneficios tributarios, investigación en temas especializados, elaboración de tareas conjuntas de manera coordinada o subordinada, cumplimiento de exigencias técnicas, permite tener socios estratégicos, acceder a mejores recursos financieros, evita las crisis patrimoniales etc.
- b) **El Difuso**, no es sencillo determinar si su practica empresarial afecta o no al mercado.
- c) **El Negativo**, el abuso de posición de dominio de mercado (monopolio, oligopolio, monopsonio / limita, restringe y distorsiona la competencia), evasión fiscal (afecta al estado), el despido de trabajadores (afecta a la familia), fraude a los acreedores (Sistema financiero, bancario y económico), fraude en la Administración de la persona jurídica (deslizamiento patrimonial, ausencia de información, fraguar balances etc. perjudica a los inversionistas minoritarios)

Toda forma societaria es buena mientras no se abuse de ella ni se interprete negativamente. Las autoridades deberán analizar el contexto económico, el número de competidores, el grado de concentración, la regulación jurídica a la cual esta sujeto, las cuotas de mercado que tiene o puede tener, las barreras de entrada al mercado, los efectos negativos al mercado, los acreedores, el estado, los trabajadores, el consumidor y los usuarios. El INDECOP y los Organismos Reguladores de la Competencia podrán solicitar : información, recoger

¹ Tesis para Optar el Grado de Bachiller en Derecho - La Nueva Perspectiva de la Empresa Moderna. Publicado en la Revista de Información Jurídica, Económica y Fiscal Española y Citada por el Dr. Rodrigo Gonzalez Fernandez en su libro Buscando un concepto de Empresa para el Siglo XXI y elevada a consulta al Congreso Chileno para la Elaboración de un concepto de Empresa.

declaraciones, proceder a una inspección, realizar estudios económicos de mercado, buscar antecedentes judiciales, policiales, administrativos en contra de los consumidores, trabajadores, acreedores o el estado.

Tal como lo señala el Dr. Echaiz Moreno para referirse a las concentraciones empresariales, “se pone en práctica el antiguo (y muchas veces eficaz) axioma “la unión hace la fuerza”², de lo cual inferimos las siguientes preguntas en relación a la fuerza ¿ Fue concebida de manera lícita? ¿ Generará bienestar o malestar al mercado, los inversionistas, trabajadores, consumidores, usuarios, acreedores, estado, proveedores? ¿Oculta algo en sus libros, cuentas, productos, patrimonio, acciones, utilidades, reservas ? ¿ Cuánto tiempo va a durar? ¿Cuál es su finalidad? ¿ Donde va a operar? ¿ Qué tipo de negociación es? . Como señalaba William Shakespeare “ Es excelente tener la fuerza de un gigante, pero es tiránico usarla como un gigante”

III. Concertación Empresarial

La visualización de la práctica concertada exige elementos mínimos como : la coordinación, consenso verbal, tácito o escrito y efectos económicos. Existen al igual que concentración tres planos, el positivo, difuso y negativo :

- a) **El Positivo** : Contribuyen a mejorar la elaboración, producción, distribución, comercialización y colocación de bienes y servicios, promueven el progreso técnico o económico, ofrecen descuentos, beneficios y variedad a los consumidores y usuarios, promueve e incentiva las exportaciones, produce elevación social y económica de zonas o sectores deprimidos
- b) **El Difuso** : no es capaz de afectar de manera significativa la competencia.
- c) **El Negativo** : Mencionaremos la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Título I. De la Libre Competencia, Capítulo I. De los Acuerdos y Prácticas Restrictivas o Abusivas. Sección I. De las Conductas Prohibidas y de las autorizada

Artículo 1. Conductas prohibidas.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. (la variedad, la calidad, la tecnología, la innovación) El subrayado es nuestro.
- c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.³

IV. Justificación del tema

El uso (lícito) y abuso (ilícito) de la concentración y concertación empresarial es un fenómeno complejo, actual y de interés internacional público. Las principales leyes las encontramos en los

² Echaiz Moreno, Daniel (2002) *La Empresa en el Derecho Moderno*. Ed. Grafica Horizonte P. 55

³ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Título I – De la Libre Competencia, Capítulo I, de los Acuerdos y Prácticas Restrictivas o Abusivas, Sección I. De las Conductas Prohibidas y de las autorizadas - **Art. 1.**

Estados Unidos (Ley Sherman de 1980⁴, Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914⁵, Ley Clayton de 1914⁶, La Ley Hart-Scott-Rodino de 1976 enmendó la Ley Clayton⁷, Ley de Investigación y Producción Nacionales Cooperativas de 1993⁸, La Ley Web-Pomerene 1999⁹, Ley de Ayuda Internacional a la Aplicación de Leyes Antimonopolistas de 1994¹⁰), **Europa** (Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, Ley de Defensa de la Competencia 52/1999¹¹) y en América Latina (Acuerdo de Cartagena 285¹² y legislación interna en temas de competencia). Aquellas prácticas empresariales que restrinjan, impidan, falseen, distorsionen o limiten la competencia deben ser sancionadas, a diferencia de las que son producto de la buena gestión y administración de los negocios empresariales, el posicionamiento en el mercado de la marca, el producto, el servicio u otro mecanismo de mejora todo ello sin duda generan bienestar a los agentes económicos, al mercado y contribuye a al aceleración económica.

El gobierno, los legisladores, los jueces, las autoridades administrativas, los consumidores, los usuarios, los trabajadores, los acreedores, los accionistas minoritarios y los que tengan un intereses directo o difuso en los efectos que generen o puedan generar estas prácticas

⁴ La Ley Sherman prohíbe los contratos y confabulaciones para restringir el comercio entre los estados norteamericanos o con países extranjeros y forma la base esencial de todo el derecho antimonopolista estadounidense. Hace también que sea ilegal para cualquier empresa monopolizar o intentar monopolizar una profesión o comercio. -- **Tomado de International Information Programs and The United State Department Of State**

⁵ Creó la Comisión Federal de Comercio (FTC), la comisión tiene facultades, entre otras cosas, para prevenir la competencia desleal y las prácticas engañosas. La FTC puede requerirles a las empresas que indemnicen a los consumidores por el daño causado. Realiza su labor mediante la emisión de regulaciones y la realización de investigaciones. -- **Tomado de International Information Programs and The United State Department Of State**

⁶ La Ley Clayton se expresa en la Ley Sherman y prohíbe actividades tales como: la discriminación de precios -- vender el mismo producto a diferentes compradores y a diferentes precios; el sujetar un detallista o mayorista a un solo proveedor, en el entendimiento de que ningún otro distribuidor recibirá suministros en un área dada; las juntas directivas vinculadas -- el ejercicio por parte de un mismo individuo de puestos de director en dos o más compañías que compiten entre sí; y las compañías que controlan el capital accionario de un competidor. Prohíbe también las fusiones y adquisiciones que tienen el efecto de disminuir la competencia o tienden hacia el monopolio. -- **Tomado de International Information Programs and The United State Department Of State**

⁷ Obligo a las compañías que notifiquen a la FTC y a la División Antimonopolio del Departamento de Justicia antes de consumir la mayoría de las fusiones. -- **Tomado de International Information Programs and The United State Department Of State**

⁸ Establece algunas protecciones antimonopolistas para ciertas iniciativas conjuntas de investigación y desarrollo a cargo de compañías en la misma industria. -- **Tomado de International Information Programs and The United State Department Of State**

⁹ La Ley Web-Pomerene estipula una exención antimonopolista limitada para la formación y operación de asociaciones de empresas que, de otro modo, serían competidoras, con el fin de que participen en ventas de exportación colectivas. -- **Tomado de International Information Programs and The United State Department Of State**

¹⁰ Esta ley autoriza a la FTC y al Departamento de Justicia a pactar acuerdos de ayuda mutua con autoridades antimonopolistas extranjeras. De conformidad con tales acuerdos, las autoridades estadounidenses y extranjeras pueden intercambiar, con ciertas restricciones, pruebas de violaciones de las leyes contra monopolios y ayudarse mutuamente en las investigaciones. -- **Tomado de International Information Programs and The United State Department Of State**

¹¹ Se ocupa de la explotación abusiva de una posición de dominio en el mercado sino también de la explotación abusiva de la situación de dependencia económica. -- Tomado de Garrigues y Andersen y CIA SRL <http://www.garrigues.com/download/Rese%C3%B1a%20Jur%C3%ADdica%201-2000.pdf#search=%22Ley%2016%2F1989%20y%20otras%20regulaciones%22>

¹² DECISION 285: Normas para Prevenir o Corregir las Distorsiones en la Competencia Generadas por Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia

empresariales, deberán estar atentos para que cada uno asuma una función en sus respectivos ámbitos de acción.

- a) Consumidores y usuarios . Comunicar, recabar información y denunciar.
- b) Gobierno : Mejorar las políticas de competencia y conversar con las empresas para llegar a soluciones satisfactorias sin arriesgar sus inversiones.
- c) Los Jueces : Deliberar sobre la afectación a los bienes jurídicos protegidos de los trabajadores, acreedores, el estado, inversionistas minoritarios.
- d) La autoridad administrativa : Prevenir, regular y corregir las conductas económicas que puedan limitar, restringir, distorsionar, controlar la libre competencia.
- e) Los legisladores : Adecuar y mejorar la normatividad internacional a la realidad peruana.
- f) Quienes tenga interés directo e indirecto : Negociar o denunciar.

V. Acuerdos de Menor Importancia

Los acuerdos de menor importancia son aquellos que siendo restrictivos no afectan la competencia pero contribuyen a mejorar el tráfico comercial en el mercado. Fue regulado por la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989 de España y La Ley Webb-Pomerene de Estados Unidos, ambas buscan contribuir a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, promover el progreso técnico y lograr competitividad en el mercado. La legislación peruana no ha recogido estos acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyen a mejorar el desenvolvimiento del mercado, paso a numerar los posibles motivos :

- a) Olvido legislativo
- b) Prevenir actos disfrazados de licitud, evitando los fraudes a la ley.
- c) Ociosidad legislativa, tendría que cambiar toda la normatividad vigente en temas tributarios, de mercado, competencia, sociedades, bancario, financiero, seguro, concursal entre otros.

VI. Reflexiones Finales

Tenemos una legislación dispersa en materia de concentraciones y una mala regulación en tema de concentraciones. Estas figuras de coordinación, subordinación, colaboración y expansión empresarial deben usarse solo en el aspecto positivo, olvidándose del aspecto difuso y negativo para lograr mayor transparencia, información, justicia y responsabilidad social con el mercado y los agentes que intervienen en él.

Datos del autor

Presidente de la Institución Académica - Cultural Ratio Iure
Bachiller en Derecho con la tesis "La Nueva Perspectiva de la Empresa Moderna"
Abogado en Derecho con la Tesis "El Proceso Ejecutivo y la Sentencia Innecesaria"
Maestría en Derecho de los Negocios de la Universidad de San Martín de Porres
Corresponsal Sudamericano de la Revista Española Internauta de Práctica Jurídica
Delegado de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "La Rehabilitadora"
Directivo de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "La Rehabilitadora como 1er. Vocal en Asuntos Electorales"