

ENTREVISTA AL PROFESOR ALEJANDRO FALLA: COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE FUSIONES Y CONCENTRACIONES

INTERVIEW PROFESSOR ALEJANDRO FALLA: COMMENTS TO THE FUSIONS AND CONCENTRATIONS LAW PROJECT

Entrevista a Alejandro Falla Jara

Catedrático de Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Regulación por el London School of Economics and Political Sciences, Reino Unido.

RESUMEN

El Círculo de Derecho Administrativo tuvo la oportunidad de conversar con uno de los más reconocidos catedráticos expertos en Derecho de la Competencia, quién nos brindó sus apreciaciones y comentarios sobre el proyecto de Ley de Fusiones y Concentraciones.

PALABRAS CLAVE: Proyecto de Ley | Control de Fusiones | Control de Concentraciones | Competencia | Regulación |

ABSTRACT

Círculo de Derecho Administrativo had the opportunity to talk with one of the most recognized professors' experts in competition law, who gave us their appreciations and comments on the Mergers and Mergers Bill.

KEYWORDS: Bill | Merger Control | Concentration Control | Competition | Regulation |

SOBRE EL ARTÍCULO

La siguiente entrevista fue realizada el día 20 de noviembre de 2018 por Moisés Chire Palacios para el Portal Jurídico Prometheo. Agradecemos al profesor Alejandro Falla por haber participado en esta entrega N° 17 de la Revista de Derecho Administrativo. Las preguntas estuvieron a cargo de los entrevistadores y la transcripción estuvo a cargo de Lucy Cacñahuaray Huillcahuari. Fue aprobada para su publicación el 05 de agosto de 2019.

SOBRE EL ENTREVISTADO

Abogado. Máster en Regulación por el London School of Economics and Political Sciences, Reino Unido, con estudios superiores en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experiencia en las áreas de Derecho de la Competencia, Regulación Económica, Regulación en Telecomunicaciones, Energía y Transporte, Responsabilidad Civil Extracontractual, Contratos y Arbitraje.

Profesor de Derecho de la Competencia y Regulación en universidades nacionales e internacionales. Ha ocupado cargos directivos en diversos organismos de regulación del Estado, además de ser miembro del Gabinete de Asesores del Ministerio de Economía y Finanzas en el año 2001, entre otros puestos de importancia. Profesor de Derecho de la Competencia en la Facultad de Derecho y en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido Profesor Visitante de Derecho de la Competencia de la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad Torcuato di Tella de Buenos Aires, Argentina. Autor de diversos artículos en las áreas de Libre Competencia y Regulación.

Ha participado como árbitro en procesos arbitrales administrados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en la Pontificia Universidad Católica del Perú y arbitrajes “ad hoc” en materias vinculadas a ejecución de contratos de obra, resolución de contratos de prestación de servicios de difusión, incumplimiento de contratos de suministro, entre otros.

Entrevistador (En adelante, E): ¿Considera necesaria la implementación de un control de fusiones y concentraciones en el Perú?

Alejandro Falla (En adelante, AF): Creería que no. Hay distintas razones. Algunas tienen que ver con la naturaleza misma del instrumento, que es un instrumento que busca predecir qué es lo que va ocurrir a futuro. Cuando uno hace juicios sobre qué es lo que va suceder en el futuro, por más bien intencionado que sea, puede cometer errores serios. Esos errores tienen costos para el mercado, para los consumidores y para los niveles de inversión de un país.

Ahora, eso no quiere decir que debemos olvidarnos de los eventuales problemas que generan este tipo de operaciones. Para combatir esos problemas ya tenemos un instrumento que es la regulación de competencia. Este instrumento está focalizado en el control de conductas empresariales. Lo que habría que hacer es poner atención en ese instrumento; ver la forma que de funcione mejor o que la agencia que administra este instrumento tenga los recursos suficientes para ejecutar mejor sus responsabilidades. A la par habría que cuidar que no se generen por parte del Estado barreras que precisamente permitan que las empresas acumulen poder de mercado gracias precisamente a la actuación del Estado. Lo que debería de haber es un instrumento que busque combatir los problemas generados por la concentración generada directamente por el Estado (al estilo del control de ayudas estatales que existe en Europa).

E: ¿Qué factores se deberían incluir en la Ley?

AF: Hay tres cosas que hay que prestar atención. La primera son los temas institucionales. Este mecanismo va implicar un control de operaciones importantes; estas operaciones van a generar mucho interés de la prensa, de los medios de comunicación, de los políticos. Sería necesario mirar con cuidado la institución que va estar a cargo de este mecanismo para que esté lo suficientemente blindada para soportar las presiones que va tener que enfrentar cuando revise este tipo de operaciones. Desde mi punto de vista hoy día no tenemos ese blindaje en INDECOPI; en todo caso el que tenemos que nos ha servido para llegar hasta dónde estamos y para administrar medianamente bien el mecanismo de control de conductas creo que INDECOPI debería ser reforzado para garantizar una aplicación técnica del control de fusiones. ¿Qué se puede hacer y que debe mirarse? Para empezar, la forma como son designados los que van a tomar decisiones en la administración de este instrumento. Hoy en día, estos funcionarios son designados sin concurso, a dedo y tras bambalinas. Debería generarse un mecanismo de selección o procesos más transparente a cargo de entidades autónomas y con legitimidad, como podría ser el Banco Central de Reserva, institución que en otros países participa en los procesos de selección de las autoridades de competencia. Un ejemplo concreto es lo que pasa en nuestro país vecino (Chile) donde la mayoría de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia son designados a través de procedimiento que administra de manera autónoma y transparente el Banco Central de Reserva. Eso podría pensarse para el Perú. Otro tema institucional que merece la pena revisar es la dedicación de las personas van a tener a su cargo la administración de este instrumento. Hoy los miembros de la Comisión y el Tribunal de INDECOPI sesionan una o dos veces por semana, van por horas; funcionan como si fueran un directorio. Lo que se requeriría es que la mayoría de esos funcionarios pasen a ser funcionarios a tiempo completo. Esto permitiría dar celeridad a este tipo de procedimientos.

Otro aspecto institucional que habría que considerar es la remuneración de los funcionarios. Lamentablemente hoy en día la remuneración de los funcionarios no es una remuneración de mercado. Para poder atraer a gente que este en capacidad de atender esta demanda se requiere elevar las remuneraciones de todos estos funcionarios. Para que tengan una idea, el fiscal nacional económico en Chile – quien asume las funciones que actualmente tiene el Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia- está ganando más o menos 15 mil USD mensuales, que es la remuneración que también reciben los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia. Estos montos están muy lejos de los que perciben las personas que hoy tienen a su cargo la aplicación de la regulación de la competencia en el Perú.

Hablar del tema institucional es hablar también de los recursos que va requerir INDECOPI para administrar el control de las fusiones. Hoy en día la Secretaria Técnica de la Comisión de Libre Competencia tiene sólo 25 funcionarios. Para que tengan una idea, su par en Chile (que es, la Fiscalía Nacional Económica) tiene 116 personas. Solo las personas dedicadas a administrar los procesos de notificación previa de fusiones en Chile son alrededor de 25 personas. Eso da un indicador del nivel del déficit que enfrenta actualmente INDECOPI para atender las nuevas funciones.

El segundo aspecto, que debería tomarse en cuenta tiene que ver con el tipo de operaciones que debería ser notificadas. El problema con estos mecanismos es que para “chapar” las operaciones que supuestamente podrían generar un problema, se fuerza la notificación de muchas operaciones; se hace que muchas personas hagan su colita pese a que muy pocas de ellas están expuestas al problema. Allí donde existe este tipo de mecanismo, del 100% de operaciones que se notifican, solo una pequeña fracción de estas (entre 2 y 3 %) representan un problema el resto son aprobadas. Esto quiere decir que el 95% de operaciones que se notifican son forzadas a hacer una cola por las puras; el 95% de los casos no representan ningún riesgo para la competencia para el mercado. Por la forma como son diseñados los umbrales, se termina forzando la notificación de muchas operaciones que no representan riesgo alguno para la competencia; esto genera costos innecesarios y demora el cierre de operaciones e inversiones importantes para el mercado.

Siendo ese el problema hay que tener mucho cuidado en que operaciones van a ser requeridas pasar por Indecopi. Sería muy malo que Indecopi empiece a llenarse de notificaciones que no generen ningún riesgo para la competencia y eso consuma recursos que podrían ser dedicados a otro tipo de funciones (como perseguir carteles) que con seguridad van a generar más bienestar para los consumidores. En esa línea lo que debería ponerse atención es en la lista de operaciones excluidas.

Hoy día los proyectos que se debaten en el Congreso han puesto mucha atención en el volumen de negocios de las empresas involucradas en la operación para definir que operaciones se debe notificar a Indecopi. No se ha mirado la importancia de la operación involucrada. Si el umbral de notificación se define de esa manera (sólo en función de los ingresos de las empresas involucradas en la operación sin mirar el tamaño e importancia de la operación involucrada) se va a forzar la notificación de operaciones más allá de lo razonable como por ejemplo el caso de una empresa muy grande que le compra a otra también muy grande, un activo productivo pequeño como un camión o una moto. Pese a que esta operación está lejos de poder generar algún problema de competencia en el mercado, tal cual están redactados hoy en día los proyectos de ley, estas operaciones tendrían que ser notificadas.

También tendrían que ser notificadas operaciones en las que están involucradas empresas que no compiten en el mismo mercado. Por ejemplo, una operación en la cual una empresa que hace clavos, compra una empresa que hace caramelos; ambas empresas están en mercados completamente diferentes; no existe ninguna vinculación ni actual ni potencial entre esos mercados, por lo que el riesgo de afectación a la competencia es inexistente. Pese a ello, solo por el hecho que son operaciones realizadas por empresas que facturan o tienen ingresos por encima del umbral establecido en la ley, tendrán que ser notificados a INDECOPI. Si no tenemos el cuidado de excluir operaciones de ese tipo vamos a tener un Indecopi sobrecargado de notificaciones que va a tener que resolver y a la cual va a tener que dedicar recursos. Esto puede impedir que Indecopi se dedique a cosas más importantes (como perseguir carteles) y eso es un problema. Para evitarlo, debiera ponerse mayor atención a las operaciones que no deberían ser objeto de una notificación en Indecopi.

El último aspecto que debiera ponerse atención es el ¿Cómo se van a analizar las operaciones de concentración?, ¿Qué factores, que variables, van a ser las evaluadas? Las fusiones o concentraciones empresariales generan un montón de efectos. Algunos tienen que ver con los consumidores en los mercados involucrados. Pero también generan efectos de otros tipos. Las fusiones pueden generar que haya despidos, generan efectos en el desarrollo regional, impactos en la inversión extranjera en el país, etc. Y bueno, la pregunta es ¿En base a que variable se va a evaluar si una operación de concentración es aprobada o desaprobada? El análisis debiera estar centrado solamente en el impacto de la operación en competencia y para eso se requiere que la Ley deje en claro que no serán considerados aspectos diferentes. Lamentablemente los proyectos que están en el Congreso no dejan en claro este aspecto.

Bueno, en resumen, hemos vivido ya más de 25 años sin una regulación de este tipo. Creo que no hemos perdido nada por no tener este instrumento. No nos ha ido mal por no tenerlo. Creo que debiéramos apostar por tener una regulación más centrada a la regulación de conductas y eliminación de barreras a la competencia impuestas por el Estado. Si, por el contrario, el Congreso decide implementar este mecanismo, creo que debería ponerse atención en aspectos como los que he mencionado para evitar que este instrumento sea utilizado no para proteger la competencia sino para proteger otras cosas y para evitar que el instrumento se convierta en una barrera burocrática para hacer negocios en el país. INDECOPI debiera ser fortalecido institucionalmente para protegerlo de las presiones que va a tener con ocasión de la administración de este nuevo instrumento. Debe evitarse que este nuevo instrumento consuma los pocos recursos que tiene INDECOPI y que a la larga le impida continuar con la persecución de carteles, actividad que debería mantenerse como una prioridad.

Muchísimas gracias al CDA por ser un tema importante y felicito por realizar esta semana dedicada a temas de competencia.