

# Mesa Redonda: “Derecho de la Competencia Versus Fusiones y Adquisiciones: el Estado de la Cuestión en el Perú”\*

Eduardo Quintana Sánchez\*\*  
Tania Zúñiga Fernández\*\*\*  
Carlos Granda Boullón\*\*\*\*

## Resumen:

El sostenido crecimiento de la economía peruana ha generado una serie de situaciones novedosas en el ámbito empresarial.

Los grandes inversionistas extranjeros han optado por la adquisición de empresas nacionales consolidadas. Las empresas nacionales, por su lado han encontrado en la fusión un mecanismo para acelerar su desarrollo.

Ante esto, surge la interrogante sobre el rol del Estado frente a estas situaciones. ¿Es necesario implementar un control de concentraciones para la correcta tutela del Derecho de la Competencia o acaso dicho control previo es un mecanismo ineficiente que solo ahuyentará inversiones? El presente debate intentará buscar propuestas y soluciones a dicha controversia. Tres especialistas en el tema evaluarán la pertinencia o no de ciertas medidas en nuestra coyuntura nacional.

## Palabras clave:

Fusiones - Adquisiciones - Derecho de la Competencia - Control de concentraciones empresariales - Libre competencia - Libre mercado - Monopolio

\* Esta es una versión abreviada del evento llevado a cabo el 21/11/13 en el Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, organizado por la Asociación Civil Derecho & Sociedad. Se agradece la participación de la asociada Cinthia Cjuro Vera como moderadora en dicho evento.

\*\* Docente en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Pacífico, ESAN y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio del Estudio Bullard, Falla, Ezcurra Abogados. Master en Regulación por la London School of Economics and Political Sciences, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, autor de diversos libros y artículos especializados en Derecho de la Competencia y regulación. Ha ocupado cargos directivos en instituciones de regulación del Estado tales como INDECOPI y OSIPTEL.

\*\*\* Docente en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad San Ignacio de Loyola, doctora en Derecho con la calificación sobresaliente *magna cum laude* en la Universidad Humboldt de Berlín, con una tesis que versó sobre Derecho de la Competencia (Antitrust Law) y Derecho de la Energía (Energy Law) en el marco del control de concentraciones empresariales, master en Derecho Alemán y Derecho Europeo en la Universidad de Heidelberg en Alemania, abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en Derecho de la Competencia, Derecho Europeo, Derecho Internacional y Gestión Pública.

\*\*\*\* Docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en las áreas de Fusiones y Adquisiciones, Finanzas Corporativas, Contratos y Teoría General del Derecho. Ha trabajado para Yale Law School como investigador para el profesor George Priest. Master en Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan, Estados Unidos. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y socio del Estudio Osterling Abogados. Ha sido presidente del Comité de Asuntos Legislativos de la Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales – Procapitales. Cuenta con una larga trayectoria de asesoría a diversas empresas nacionales y extranjeras en temas de fusiones y adquisiciones y financiamientos.

**MODERADORA:**

Estados Unidos tiene un sistema de notificación de fusiones desde el año 1976, cuando entró en vigencia la Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act. ¿Qué justifica que exista un sistema de control de concentraciones? ¿Hay beneficios para un Estado?

**DR. QUINTANA:**

Desde mi punto de vista, nada justifica que exista un control de concentraciones.

¿Cuáles son las justificaciones usuales que se plantean? Empecemos por el comienzo, ¿cuál es la idea de control de concentraciones? Es un instrumento para establecer un control de estructuras, es decir tratar de supervisar y ejercer control por parte de una autoridad administrativa sobre cómo está estructurado el mercado, quiénes son los agentes que participan en el mismo y cuál es su poder económico en determinada actividad. Esto se mide, por ejemplo –y no necesariamente es lo más correcto–, por la participación de los agentes económicos en el mercado. Bajo esa lógica, el control de concentraciones es un instrumento complementario de la norma que prohíbe conductas anticompetitivas, o eso es lo que se plantea.

El control de concentraciones, por lo general, está diseñado de la siguiente manera: (i) una empresa quiere fusionarse, comprar al competidor, establecer un *joint venture*, o realizar actividades parecidas; (ii) toca la puerta de la autoridad, le pide una autorización y le dice “¿me permites realizar este acto de concentración?”; y (iii) la autoridad evalúa los efectos que ese acto podría ocasionar sobre la competencia. Es un análisis prospectivo, se evalúa a futuro lo que podría pasar si se autorizara ese acto. Cuáles son las justificaciones que suelen plantearse para establecer este sistema.

La primera es para prevenir que se creen empresas dominantes que después puedan afectar la competitividad en el mercado. La segunda es para prevenir potenciales prácticas anticompetitivas que se podrían realizar en ese mercado una vez que se ha autorizado la operación de concentración. La tercera es el control de actos de abuso explotativo, es decir, cuando las empresas dominantes no restringen la competencia, sino que se aprovechan del consumidor, por ejemplo, cobrándole precios excesivos. El argumento en este caso es que si la norma que prohíbe conductas anticompetitivas no permite sancionar actos de abuso explotativo, el control de concentraciones permite al menos evitar que hayan empresas en capacidad de cometer ese tipo de actos. La cuarta justificación es el control de situaciones de colusión tácita, es decir, cuando los competidores pueden

coordinar su comportamiento sin necesidad de ponerse de acuerdo, sino sólo observando cómo actúa el rival en el mercado para definir las propias decisiones comerciales en función del comportamiento esperado del competidor. El argumento en este caso es que si la norma que prohíbe conductas anticompetitivas no permite sancionar la colusión tácita, la norma de control de concentraciones permite al menos evitar que el mercado se configure de forma tal que permita que los competidores se comporten de esa manera.

Como se observa, el control de concentraciones se respalda completamente en una lógica preventiva. Entonces, ¿por qué no implementarlo si todo en él parece encomiable? Veamos por qué.

Si la justificación fuera que con este sistema se previene mercados muy concentrados, cabe preguntar si los mercados concentrados son ilícitos. Ni la Constitución ni la norma sobre conductas anticompetitivas prohíben que los mercados sean concentrados o tengan empresas con posición de dominio. Lo que se prohíbe y sanciona son los actos de abuso de posición de dominio. Entonces por qué tener un sistema de control de concentraciones que lo que busca es tratar de evitar mercados concentrados, o que presenten empresas con posición de dominio, si esto no está prohibido.

Si la justificación fuera que con el control de concentraciones se evita posibles actos restrictivos de la competencia que podrían darse como consecuencia de la nueva configuración del mercado luego de la concentración, la pregunta es si se necesita ese tipo de control cuando ya existe una norma que permite sancionar las conductas anticompetitivas que pudieran producirse luego de ejecutada la concentración.

Si la justificación fuera que el control de concentraciones permite evitar que se creen empresas con capacidad de incurrir en comportamientos explotativos, la discusión se centraría en definir si el control de concentraciones es la herramienta correcta para evitar esos comportamientos. En principio, si una empresa actúa de esa manera es porque tiene considerable poder de mercado, caso en el cual puede haber otros instrumentos regulatorios, distintos al control de concentraciones, más eficaces para controlar tales comportamientos, como por ejemplo la regulación de precios y tarifas.

Si la justificación fuera que el control de concentraciones permite evitar posibles colusiones tácitas, la pregunta es si dichas conductas están prohibidas. No hay duda que una colusión tácita puede ocasionar efectos similares a los de un acuerdo entre competidores, pero en una colusión tácita no hay un acuerdo entre competidores y,

por ende, no se considera un comportamiento ilícito. Por ejemplo, si dos estaciones de venta de combustible se encuentran una frente a la otra, cada una podrá ver cuáles son los precios publicados por su competidor así como los cambios que introduzca en el tiempo, y en función de ello pueden cambiar sus propios precios en las mismas magnitudes. Esta forma de comportarse en un mercado con ese grado de transparencia no es ilícita pues toda empresa tiene derecho a actuar en función del comportamiento de los rivales, entonces hay que preguntarse si se el control de concentraciones puede justificarse correctamente con el argumento de evitar colusiones tácitas. En mi opinión la respuesta es que no.

Fuera de estas razones, pueden existir otras para el control de concentraciones que nada tienen que ver con temas vinculados a la competencia en el mercado. Por ejemplo, objetivos de política estratégica o de seguridad nacional, en base a los cuales se pretende utilizar el control de concentraciones como mecanismo para evitar, por ejemplo, que en determinado sector de la economía haya capitales o inversionistas mayoritariamente de otro país. La pregunta evidente es si esto amerita implementar un sistema como el control de concentraciones. Nuevamente, considero que la respuesta es negativa.

Y así me podría explayar en muchos otros objetivos que podrían sustentar un control de concentraciones, pero que escapan a los objetivos de las normas de defensa de la libre competencia. Si el control de concentraciones es una norma de políticas de competencia, ¿qué hacemos usando dicha norma para objetivos que no tienen nada que ver con la competencia?

Por todo esto, en mi opinión, no hay una justificación que se haya demostrado valedera para implementar un control de concentraciones.

#### **DRA. ZÚÑIGA:**

Este es un tema de actualidad que implica un conocimiento serio, no solamente sustentado en una experiencia latinoamericana sino en la experiencia comparada para solucionar una serie de dudas. Sobre este debate respecto de la pertinencia o necesidad del control de concentraciones, tengo una posición a favor.

Quisiera resaltar lo último dicho por el doctor Quintana (en lo cual si me encuentro en total coincidencia con mi colega) sobre los objetivos de una política de competencia ¿Qué quiere decir esto? Que el Estado tiene varias prerrogativas que la Constitución establece en un determinado modelo económico; la Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, totalmente diferente

a la Constitución anterior de 1979 en la cual el Estado tenía mayor participación económica. Tiene mucha razón el Doctor Quintana en señalar que hay que diferenciar los objetivos de políticas de Estado. Al establecer políticas públicas se debe establecer, asimismo, una evaluación no solamente del modelo constitucional, sino sobre todo de manera muy clara de aquellos intereses que merecen una protección importante para la economía.

Sabemos que nos encontramos en un momento muy importante de nuestro modelo económico, producto de todas las reformas que comenzaron en la década de los noventa y que precisamente hoy vemos algunos resultados. Sin embargo, no tenemos todo resuelto, no tenemos un modelo jurídico perfecto, tampoco se podrá decir eso de aquí a treinta años, pero si tenemos experiencia y eso es muy importante para poder incentivar el estudio, el análisis de los puntos de vista de los políticos y de aquellos que nos encontramos muy interesados en resolver asuntos de alto interés nacional.

En efecto, la política de competencia tiene objetivos muy distintos a los objetivos de la política económica. Esta última puede resolver muchos problemas e introducir importantes instrumentos, como por ejemplo ver la política fiscal y resolver asuntos de mejor asignación de recursos, los cuales deben diferenciarse claramente de la política de competencia. Sin embargo, esto no ocurre, pues, todo el tiempo; y no solamente esto es característico del Estado peruano en su contexto histórico, sino que ocurre a nivel mundial.

Entiendo que hayan posiciones tanto a favor como en contra, pero quisiera señalar cuales serían desde mi punto de vista los argumentos que podrían sostener la introducción del control de concentraciones, pero también algunas condiciones a su implementación.

El control es un instrumento de política de competencia que complementa otro instrumento de política de competencia que se llama control ex post. El control de concentraciones empresariales o de concentraciones económicas es un control de estructura de mercado, no es un control de comportamiento de los competidores en el mercado. Como bien decía el Doctor Quintana realiza una evaluación prospectiva, a futuro. Y ahí justamente está la dificultad: en aceptar la introducción de un control con información presente sobre una situación que aún no se ha generado. Y eso sí amerita una evaluación seria del diseño de control de concentraciones.

No considero como dice el Doctor Quintana quien afirma que no existe ninguna razón para que exista el control de concentraciones. Si fuera así, yo me preguntaría que sucede a nivel mundial, cuando

lo vemos en países vecinos como Chile (desde la década de los 70 con una cláusula general) o Brasil. Pero, por su puesto, todo viene desde los Estados Unidos que es la nación madre de todo el Derecho Antitrust, que llega justamente después de la segunda guerra mundial, con los aliados en una posición ideológica respecto al continente europeo central, para poder introducir un control, primero sí con razones políticas, pero finalmente económicas.

Cabe decir que la concentración no conspira contra el mercado, lo que conspira contra el mercado son los efectos de la concentración, es por eso que el control de estructuras de mercado efectivamente lo que ve son los efectos, no se condena todo efecto de los cambios sustantivos en el control de estructura. Como decía el Doctor Quintana, se supone que es un cambio sustantivo, es decir hay un efecto en la constitución y en el escenario del mercado.

Hay que estudiar el diseño y los intereses que queremos proteger. Por eso es que al estudiar este tema como abogados, hay que tener en cuenta el punto de vista económico, los grados de concentración que nos importa proteger. Para ello, por supuesto, la economía, ya por el lado de todo lo que es organización industrial y economía de bienestar han estudiado largamente esta tarea de poder resolver qué es lo que podemos hacer como Estado: porque el Estado no solamente es vigilante, sino también facilitador. Siendo así, se deben considerar aspectos sustantivos en el diseño.

#### **DR. GRANDA:**

Al proponernos en el Perú la conveniencia o inconveniencia de una nueva regulación tenemos que necesariamente referirnos a la estructuración, o proceso de creación del Derecho; como paso previo a reclamar la urgencia de un tipo de mandato o un tipo de solución legal. En el derecho contemporáneo, en la formación de normas jurídicas, se concibe que luego de detectar un supuesto de hecho controversial hay una ponderación de los intereses en controversia y, luego de esto, uno escoge un mandato a través de un proceso legislativo válido e inteligente. Entonces, cualquier explicación o respuesta que pretenda realmente dirigirse a la pregunta de si conviene o no un sistema de control de concentraciones tiene que partir por analizar cuáles son los intereses en juego, cuál es la controversia en el sistema que existe, cuales son los riesgos asociados a los intereses en juego, para luego ver en un segundo paso si es conveniente o no regularlo, y si sí es conveniente regularlo qué tipo de solución vamos a crear para solucionar este conflicto de intereses.

La experiencia comparada es relevante por cuanto hoy los mercados se desarrollan en base a unas

premisas relativamente similares. Hoy vivimos en un sistema de economía de mercado (pueden llamarlo como quieran, izquierda o derecha), y padecemos las consecuencias de un sistema de economía de mercado. En un sistema de economía de mercado hay unos lineamientos y criterios que van a delimitar el tipo de competencia que el estado puede tutelar. En este sentido, hoy en día tampoco nos podríamos sustraer a la premisa real de que todos los estados modernos que han alcanzado un sistema de economía de mercado protegen el principio de libre competencia. Las constituciones políticas modernas ya recogieron la protección del principio de libre competencia, por ejemplo, por los que es más o menos indiscutible que ese es un parámetro establecido. ¿Cuáles son, entonces, los intereses que en el escenario en que una empresa compra a otra pueden entrar en conflicto con las premisas o los bienes jurídicos tutelados por el Principio de Libre Competencia?

Desde la perspectiva de las dos compañías que se asocian, que unen sus capitales, que se concentran (vamos a distinguir más adelante "concentración" como fenómeno de unión de dos capitales versus la acepción de "concentración" como reducción de número de empresas participantes en un mercado), la concentración de dos empresas supone que estas dos unan su capital para desarrollar el mismo propósito económico. El propósito económico tiene que ver con la obtención de utilidades. La concentración empresarial no es mala per se, la unión de capitales permite crear la economía a escala, lo que los norteamericanos conocen como *merger-specific efficiencies*; es decir la concentración a través de la compraventa de acciones o la fusión produce ciertos beneficios deseables en una economía de libre mercado. Es solamente cuando estos beneficios colisionan con otros beneficios que el sistema de libre mercado protege, a través de la protección o la tutela del principio de libre competencia, que se produce este conflicto. Yo voy a explicar cuáles son los otros intereses y cuándo hay colisión.

Las eficiencias que genera una unión de capitales tienen que ver con la creación de economías de escala, tienen que ver con asignación de recursos a la investigación de valores de las empresas, tiene que ver con la capacidad de competir contra empresas cuyos capitales y flujos les permiten competir más efectiva o agresivamente, sirven para defenderse también de entradas de capital extranjero que pueden eliminar o impactar a los competidores en el país local, sirven para crear buen funcionamiento de mercado en otras plazas cuando la empresa supera su mercado y puede expandirse a otros; en general existe una serie de circunstancias económicas que se producen a partir de una compraventa de empresa o de una fusión.

Por el otro lado, tenemos el principio de libre competencia y la tutela de la competencia en el mercado y la tutela de la formación del precio, que al final de cuentas es lo que se protege cuando se impide prácticas que atentan contra la libre competencia. Se considera que a partir de la restricción de las prácticas anticompetitivas en realidad se está fomentando la formación más perfecta del precio y eso tiene beneficios en todos los participantes del mercado porque se asignan los mayores valores a los recursos económicos -y *contrariu sensus* se desincentiva la existencia de otros recursos económicos- principalmente en función de información y eficiencia (von Mises, Hayek). Sólo cuando una combinación de capitales atente contra los principios de libre competencia podemos empezar a preguntarnos si hay un problema que debemos solucionar. La verdad es que sí hay un problema, porque la combinación de capitales a través de un proceso de compraventa de empresas o en un proceso de fusión puede reducir el número de participantes en un mercado y puede darle un poder específico sobre la formación del precio indeseable a aquella empresa resultante de la concentración. Y, de nuevo, este es un análisis apriorístico, porque uno no puede saber cuál va ser la conducta de esta empresa una vez producida la combinación de capitales. De repente, pues, se unen Monsanto con Gloria y Monsanto decide a partir de conocer a la familia que es propietaria de Gloria que van a dedicarse a hacer productos orgánicos en el mundo y van a eliminar los transgénicos y eso es maravilloso; podría pasar eso, aunque es irreal, pero podría pasar. Puede haber ciertos beneficios de la combinación empresarial, pero el problema es que a partir de la reducción de participantes en el mercado se crea una suerte de tufo, o eco atemorizante. Entonces el Estado -aquí y en general en el globo- alza la ceja, antes o después de que la opinión pública se forme al respecto -con los problemas que de por sí eso tiene hoy en día en los Estados modernos-, y en general "siente" -porque muy pocas veces se da que el Estado realmente razona- que debe producir un tipo de respuesta.

La respuesta, entonces, a si debemos o no crear una regla para prevenir estas situaciones pasa por ver si hay una medición que nos permita afirmar que, efectivamente, cada vez que se reduce el número de participantes en un mercado se produce un impacto en el precio que perjudica a los consumidores en especial y a la suerte de éter que es el principio de libre competencia en general. Es esa comprobación económica la que nos va permitir realmente persuadirnos sobre si conviene una norma o un mandato específico respecto a esta práctica. En este punto coincido con Eduardo; la respuesta sería una respuesta típica de economía legislativa: si ya tengo normas que me permiten solucionar el problema, ni me meto, pero

si no tengo normas, genero una. Si hay alguna mala consecuencia de la reducción de participantes de un mercado que no puedo controlar o prevenir o repudiar a partir de las normas que ya tengo en un Estado de Derecho, entonces sí se debe buscar un mandato específico o una norma específica que solucione este conflicto de intereses que se está creando. Yo creo, y ahí comparto con Eduardo, que hay soluciones específicas y voy a añadir una más: El Estado de Derecho impone al Poder Ejecutivo la tutela del cumplimiento de las normas. La norma en la Constitución que establece el principio de libre competencia que debe tutelarse le permitiría al abogado del Estado (lo que es el *Department of Justice* en Estados Unidos), plantear casos contra empresas en aplicación de la tutela del principio de libre competencia. Por lo tanto, aun cuando nuestra ley de competencia no tutelara todos los supuestos específicos en los que el principio de libre competencia se ve vejado a partir de una combinación de capitales, todavía queda el recurso constitucional la tutela del bien jurídico protegido por la Constitución; y el Estado podría ser un actor -el poder Ejecutivo, en concreto- que, bajo el cumplimiento de sus mandatos constitucionales, podría crear una demanda contra la empresa para que el Poder Judicial (imaginemos que actuara con predictibilidad) tutelara el principio constitucionalmente protegido. Es decir, todavía hay un cajón de sastre que nos permitiría ir contra cualquier tipo de conducta que no haya sido prevista específicamente en nuestra ley de libre competencia.

## DÚPLICAS

### DR. QUINTANA:

Es interesante ver que en distintos países, incluyendo varios en Latinoamérica, lo común es que haya control de concentraciones, como lo ha expuesto la Doctora Zúñiga. Incluso hay países que han establecido el control de concentraciones muy recientemente. Paraguay es el último que acaba de emitir una ley sobre esta materia y la está reglamentado; Ecuador tiene el control de concentraciones desde el 2011 y dictó su reglamento en el 2012 o a comienzos de este año. Entonces, uno se pregunta por qué otros países lo habrían establecido si el control de concentraciones no tuviera una lógica o sustento. Lo que yo sé de la revisión de literatura y doctrina sobre el tema es que muchos países tienen este sistema, pero no cuenta en con un estudio profundo y previo a la norma que lo establece, que sustente con el debido fundamento su existencia basándose en la identificación y análisis de los efectos dañinos que ocasiona la concentración de los mercados, sobre los cuales ha estado hablando el Doctor Granda. Mi pregunta es entonces ¿dónde están los estudios que demuestran cuantitativamente

de forma económica esos efectos dañinos y justifican realmente el sistema de control de concentraciones?

En la literatura económica se encuentra la teoría que postula el denominado paradigma “estructura-conducta-desempeño”. ¿Qué significa esto? Que la estructura del mercado, es decir el número de participantes que hay y la posibilidad de reducirlo, tiene impacto en la conducta de los agentes que participan en el mercado, es decir en cómo se van a comportar –si van a competir o no–, y además que su conducta tiene efectos en el desempeño del mercado en pos de lograr la eficiencia. Los economistas que manejaban esta teoría señalaban que reducciones en el número de participantes afectan considerablemente la estructura del mercado, porque lo concentran. Y al concentrarlo permiten o facilitan que se pueda incurrir en conductas anticompetitivas y, como se sabe, las conductas anticompetitivas impactan negativamente en lograr el objetivo de eficiencia económica a través del mercado. Bajo esta lógica, que en principio suena razonable, se postula la necesidad del control de concentraciones porque impedía que se genere ese impacto en la primera parte del paradigma: la estructura. Pero poco a poco se ha ido relativizando el paradigma “estructura-conducta-desempeño”, señalándose que en realidad la estructura del mercado no determina el nivel de competencia del mismo. La concentración impacta en el mercado y puede facilitar que las empresas incurran en conductas anticompetitivas, pero eso no determina que sea necesario un instrumento como el control de concentraciones. En efecto, si el mercado se concentró y las empresas pueden realizar conductas anticompetitivas, el Estado podría utilizar las normas que prohíben conductas anticompetitivas para sancionar su ocurrencia. Entonces nos preguntamos nuevamente ¿para qué ir al paso previo y controlar la concentración del mercado?

Entonces, hay infinidad de normas de control de concentraciones, el caso de Perú es más bien la excepción. Eso significa que ¿debería tenerlo porque todos lo tienen? Mi respuesta sigue siendo negativa o, cuando menos, de mucha duda. Hay mercados que se comportan muy competitivamente incluso siendo muy concentrados. Es decir, hay mercados con muy pocos actores –es decir, mercados de oligopolio- donde existe gran competencia, y eso beneficia a los consumidores. Un ejemplo que se menciona bastante es el mercado de la telefonía móvil. Muy pocos actores, por lo general entre dos o cuatro operadores en cualquier país, pero son muy competitivos en el servicio al usuario final. Pero ¿no era que la concentración afectaba las posibilidades de competir? Siempre habrá quien diga que el mercado de telefonía móvil es

un caso excepcional. Sin embargo, yo diría que más excepcionales son los casos en los cuales una concentración ha sido prohibida bajo el sistema de control de concentraciones por causar efectos anticompetitivos. Si estamos hablando de excepciones, ¿vale la pena crear una norma para excepciones?

#### **DRA. ZÚÑIGA:**

En realidad, mi posición sobre la notable introducción a nivel mundial del control de concentración no va porque todo el mundo lo tiene y nosotros no. Esa es una conclusión muy ligera que amerita una explicación. Evidentemente, el desarrollo de la política de competencia ha tenido una serie de manifestaciones importantes en el diseño. Hoy en día, en el mundo entero los regímenes del control de concentraciones están orientados a un determinado test. Un test del significativo impedimento para la competencia efectiva. Se abandonó, entonces, el test de la dominancia. Hay sí raras excepciones, subrayando ‘raras’, que todavía mantienen un test de la dominancia, es decir, aquellos test que sí condenan la concentración. Repito, la concentración no conspira contra el mercado. En mi posición a favor del control de concentraciones no está en ninguna manera contenido un argumento sobre el cual se condene la concentración. Es tanto así, que precisamente toda la introducción de control de concentraciones está directamente expuesta a la crítica sobre el tipo, el diseño. Y por supuesto, eso también no solamente atiende a un test sino también a la autoridad de competencia, evidentemente.

Cuando hablamos de un test, ¿qué quiero decir? El control de concentraciones es un instrumento de política de competencia del Estado y este tiene que cumplir una misión. El Estado, finalmente, habla en posición dentro de la política de competencia pero también en la política de regulación. El Doctor Quintana se ha referido precisamente a mercados regulados, donde sí se favorece una participación efectiva del Estado en la atenta mirada sobre algunos servicios públicos (el servicio de telefonía es uno, está regulado). Hay una atenta mirada sobre todo lo que es el servicio, calidad, el precio, etc.

Ahora, eso por el lado del ejemplo que manifestó el Doctor Quintana. Pero más allá de ir individualizando los tópicos o los casos que se puedan adicionar, quisiera ir primero por la parte general. En el tema de estos test, por eso decía, hay que conocer de qué se está hablando, porque siempre se maneja un dogma y eso no es nada bueno, no es saludable. Hay que evaluar, y me parece importantísimo este debate porque anima justamente al desarrollo del conocimiento. Tuve la fortuna de haber estudiado esto largamente pero no todos estamos

en la misma posición. Y principalmente por ello es que me animo a poder manifestarles que la concentración no conspira contra el proceso competitivo, los que conspiran son algunos efectos. Y este test del que les hablo, del significativo impedimento o restricción a la competencia efectiva, es un instrumento que se ha posicionado después de una importante evaluación de su evolución. Porque el primer test que se introduce para el control de concentraciones es el test de la dominancia, donde importa prácticamente de manera exclusiva la cuota de participación en el mercado. Se aplica hasta el día de hoy un índice de concentración, se hace una serie de evaluaciones y, finalmente, dado un procedimiento administrativo, la autoridad en competencia tendrá que autorizarlo o no autorizarlo. Con el test estamos a la vanguardia y en todos los proyectos de la ley que yo he visto al menos en el Perú, por supuesto, hay una serie de ajustes que hay que hacer pero se mantiene ese test. El test del significativo impedimento o restricción a la competencia efectiva permite evaluar no solamente la concentración. Hay un análisis a partir de un índice de concentración que evalúa la distribución de la cuota del mercado pero también pone un énfasis, naturalmente, en las eficiencias.

Hay todo un largo estudio muy profundo sobre el beneficio de las eficiencias. El Doctor Granda y el Doctor Quintana se han referido en uno y otro momento de sus intervenciones sobre esto. Efectivamente, ese es uno de los puntos importantes. Por lo tanto, la autoridad de competencia, en determinados casos, tendrá que evaluar las eficiencias; y no es una prerrogativa, es una obligación de la autoridad de competencia evaluar estas eficiencias. Es decir, podrá haber un altísimo grado de concentración en el mercado en un determinado sector de la economía, pero bajo la evaluación de las eficiencias –aquello que se le llama generación de beneficios– tanto en materia productiva, distributiva, o en materia dinámica (la eficiencia dinámica en materia de innovación, por ejemplo) hay una materia sobre la que la autoridad de competencia tiene que hablar necesariamente. Es así que siendo un mercado concentrado se tendría o se podría autorizar la operación de concentración

Entonces, resolvemos un punto muy importante para la empresa, porque a la empresa no se la puede condenar por un avance importante en su propio desarrollo en el proceso competitivo, en aquellos beneficios que producen precisamente las empresas, porque son dos partes que se están concentrando, que permite que el consumidor, el usuario y, finalmente, la economía se pueda beneficiar. Lo más importante creo yo es la determinación del diseño del control de concentraciones. Tarde o temprano lo vamos a tener, no sé si durante este gobierno (hay

una parte en la ‘Hoja de Ruta’ del actual gobierno donde está presente la introducción de este tipo de instrumento), pero si no fuera así igual en algún momento llegará. Creo que en lo que sí debemos estar muy preocupados es en poder diseñarlo, en saber cómo diseñarlo. Y creo que todos nosotros, me incluyo en este capítulo de expertos, debemos apuntar con mucho cuidado a aquello que nos va a beneficiar como Estado. No podemos estar cerrando las puertas tampoco a las empresas y a las inversiones porque se trata de un instrumento que sí, evidentemente, es una intervención en la economía.

#### **DR. GRANDA:**

Yo creo que lo correcto es repudiar los efectos perniciosos en una concentración empresarial. Ya sea una concentración horizontal que determina la reducción del número de participantes, como también puede ser una integración vertical que, por ejemplo, le permita a una compañía hacerse de un único proveedor. Sí estoy de acuerdo en que el repudio de estos efectos negativos es conveniente porque tutela un bien superior que es la efectividad del mercado, la redistribución de las riquezas en el mercado, la eficiente, racional o correcta –según la corriente de pensamiento– formación de precios. Pero he sido muy claro en que dejo para después el análisis relativo a si una norma –y he adelantado que pueden haber otros medios– va a satisfacer las inquietudes del presente fenómeno en el Perú. En esto coincido con Tania: hay que revisar muy bien el vehículo y la forma de implementación. Porque si me preguntan a mí hoy día si se puede hacer el control de concentraciones empresariales, diría que por supuesto que sí se puede, porque en la Constitución ya está puesta, el tema cautelar relativo al Amparo también existe, el procurador del Estado también existe. De repente, podríamos fomentar que el Estado tutele el principio de libre competencia a partir del juicio contra una empresa una vez fusionada. Una vez que se detecte un efecto repudiable en el mercado.

Pero, ojo, también pueden haber integraciones de capitales que aun cuando reduzcan la competencia sean beneficiosas para el mercado. Imagínense una empresa peruana que está desarrollando una batería para los carros, y que por lo tanto va a reducir nuestro consumo o nuestra dependencia del petróleo. Hoy en día hay compañías como esas que usan vanadio. Si hubiera una compañía minera, una sola, que produce vanadio en el Perú, podríamos cuestionarnos la adquisición de esa compañía por la compañía que está produciendo la batería porque va a impedir que haya otros competidores que vayan a hacer la misma batería. Pero desde la perspectiva del mercado, si somos el primero en tener la batería, va a haber un efecto positivo general en el mercado porque vamos a tener la exclusividad global de la batería que

dura y que impide en el mundo la dependencia del petróleo; entonces sería absolutamente beneficioso aun cuando la competencia sería aplastada por esta integración vertical. Entonces, no estoy diciendo que no haya efectos negativos, más bien estoy formulando que también hay a veces efectos positivos. Yo creo el meollo del asunto no pasa por el reconocimiento de la utilidad que tiene la producción por el principio de libre competencia. Se da por sentado, está en la Constitución, no queda nada por decir. Pero sí creo que la creación de una norma es cuestionable como elemento que satisfaga esa inquietud que tenemos posicionada. Esa es mi posición.

#### **MODERADORA:**

El CCE representa un instrumento de política de competencia y el Estado peruano puede decidir introducirlo en cualquier momento, pero al ser un control de tipo ex-ante (procedimiento prospectivo), podría convertirse en un desincentivo para las inversiones y operaciones de crecimiento externo corporativo. ¿Considera que dicha implementación es necesaria? De ser así, ¿cuáles son las características que dicho organismo o entidad deberían tener? ¿Hay un ente en la actualidad que pueda cumplir con dicha función de control antimonopólico? ¿Considera usted que dicho sistema de notificación previa funcionaría en el Perú? ¿Los requerimientos de información que las empresas deben cumplir serían altamente costosos tanto en recursos como en dinero?

#### **DR. GRANDA:**

Según Amnistía Internacional el Perú tiene el puesto 83 en el ranking de corrupción estatal. Una regulación que cree una entidad que ex - ante tenga el deber de revisar la posible afectación a la competencia constituye un vehículo para hacer entrar en contacto al Estado peruano en una actividad que involucra grandes cantidades de dinero comúnmente. Entonces, crear una regulación que permita al Estado controlar las concentraciones empresariales significa darle a un grupo de sujetos bien conocidos, unos *rankeados* 83 en el mundo, una actividad lucrativa más en la que pueden intervenir. Esto es una mala señal al mercado. No es deseable expandir al Estado cuando las áreas de la economía que ya ocupa se ven afectadas por un fenómeno como la corrupción. El Congreso de la República debe, en mi opinión, ser creativo para producir regulación que avance el tratamiento de bienes económicos que hoy son centrales para que el crecimiento económico siga llegando a sectores de la población que hasta los estadios previos de nuestra economía no tenían una participación relevante en la misma, como la educación. Menos es deseable en circunstancias, y ahí sí quiero ir hacia atrás, en las que ni siquiera

sistemas muy avanzados en este tipo de control, muestran resultados positivos concretos (Heinkoff, 2011). Voy a seguir refiriéndome a EE. UU., que es el mayor sistema económico. Si los norteamericanos tuvieran éxito en esto, ellos tendrían publicados online 2000 análisis y econometría sobre el éxito que es su sistema de control de concentraciones empresariales. Ocurre todo lo contrario con la literatura en esta área (Heinkoff, 2011). Si ese sistema fuera exitoso, no existirían las concentraciones empresariales que hay en sectores como el de telecomunicaciones por ejemplo. Éste, por ejemplo, es un sector que históricamente han logrado persuadir mejor al regulador de que sus costos tan altos, que es mejor no tocarlos para que puedan prestar los servicios que prestan. Y es por eso que hay dos o tres empresas por estado en los EE. UU. En estas realidades, los precios, realmente, se deciden en el departamento de finanzas de una compañía, no en el mercado ni en la interacción económica con el consumidor. Hasta hace no mucho, con Telefónica y dos operadores más en nuestro mercado, éramos los que pagábamos más por telefonía celular en toda Latinoamérica, a pesar de ser el último PBI de la región; pero, en teoría, había competencia. No sé bien si podríamos calificarla, técnicamente- como libre. Y todos los gobiernos de turno nos ofrecen bajar esos precios, pero seguimos pagando un precio bastante alto en comparación con otros países de la región. Entonces, yo creo que no es el momento, yo creo que es técnicamente apasionante, pero creo que no estamos listos para esto. Todavía tenemos tarea pendiente como economía en crecimiento. Tenemos que escoger mejor en qué áreas nos sofisticamos. Pienso que es una actitud madura de parte de un Estado reconocer en qué áreas ya estamos listos para meternos y cuándo es mejor seguir tratando las áreas económicas críticas respecto de las que presentamos un déficit aún como economía.

#### **DRA. ZÚÑIGA:**

Bueno, vamos cerrando la sesión del día de hoy. Se hizo una pregunta conclusiva, que ha conducido también a poner una serie de precisiones sobre las otras preguntas. Pero me gustaría comenzar por lo que se ha planteado: ¿Qué características debería tener la autoridad, ente o institución de la Administración Pública que pudiera llevar a cabo este procedimiento?

Bueno, en el orden público vigente, en el Perú tenemos una autoridad de Competencia, que es el INDECOPI. Actualmente ya existe una comisión de Libre Competencia, a la cual se le podría añadir una función, o podría efectivamente crearse una nueva comisión. En realidad, por la complejidad de la materia, en mi opinión, sugeriría evaluar la composición de la estructura orgánica de una autoridad de competencia, porque este es un



trabajo titánico. No es un trabajo simplemente de doce personas, un equipo técnico económico incluyendo seguramente el apoyo administrativo, sino que naturalmente se trate de hacer estudios de sectores económicos. Es más, creo que bien podría realizarse también lo que en algunos países se hace, se crea otro órgano que evalúa constantemente los sectores económicos, en realidad sobre el crecimiento que se produce y las modificaciones en la estructura del mercado, dependiendo de los sectores económicos.

Entonces esta no es una situación que se produzca de la noche a la mañana y que en la próxima legislatura se apruebe el proyecto de ley que pueda ser presentado por el Ejecutivo o por cualquier otra iniciativa, sino que además amerita la implementación. La implementación es un trabajo que debe ser evaluado, es incluso más importante que el diseño mismo, porque veremos que lo estamos poniendo en manos de personas, que uno dice que son finalmente de la autoridad de competencia, pero que son seres humanos y pueden cometer errores o pueden tener una experiencia limitada en este asunto, toda vez que nosotros tenemos solamente en el sector eléctrico un control de concentraciones. Sobre eso, no se ha mencionado, pero tenemos un control de concentraciones sectorial, es una ley antimonopolio, antioligopolio de fines de la década de los '90 para únicamente dicho sector económico. Entonces, han sido resueltos unos cuantos casos, los que no llegan más de una docena de procedimientos iniciados. Y bueno, no ha significado un impacto importante en cuanto al pronunciamiento, es decir, creo que algunos estaban fuera del ámbito de aplicación, otros se autorizaron, y finalmente no hay ninguna situación alarmante como para decir 'sí se condenó y evidentemente resulta que tenía algunos efectos perniciosos, etc.'

Por otro lado, también sabemos cuántos años tiene, cuantas personas trabajan y cuál es el presupuesto que el Ministerio de Economía le asigna a la Autoridad de competencia. Por supuesto también genera recursos directamente recaudados a través de una serie de los ingresos por multas y tasas. Pero sí, efectivamente hay que pensar tanto en el *capacity building*, es decir cómo capacitar a las personas, cómo lograr ese equipo e incluso esto en la Unión Europea el asunto tampoco fue resuelto por la primera fase, digamos con la introducción del primer Reglamento de control de concentraciones del año 1989. En realidad fue un trabajo también de experiencia, de poder adaptar su equipo, se trajo lo mejor que había a nivel europeo. Tenemos también a la praxis, es decir todos aquellos abogados que se encuentran del otro lado. Entonces ¿cómo lograr un equipo de personas que pueda hacer frente a un control de concentraciones?

Bueno, habría también que ver todo ese aspecto de la responsabilidad administrativa, toda vez que pensemos en los plazos. Entramos entonces en otra materia, el Derecho Administrativo. El procedimiento administrativo que debe resolverse en determinado plazo. ¿Qué pasaría hoy, además, que se está tornando importante la oralidad? Como experta en la Comisión de Anteproyecto de Ley de Bases de la Administración Pública, pregunto ¿Qué pasaría si hacemos obligatoria la audiencia? Hoy en día es a pedido de las partes y ello es una carga adicional para la Administración. Desde el punto de vista de la Administración cómo hacerlo operativo. O sea no podríamos solamente decir, por inoperancia de la Administración Pública se aprueba, o no se aprueba, sino bajo qué condiciones y en el plazo que se tiene que lograr. Hay en los diseños de estos términos, en el Derecho Comparado y en la experiencia comparada, algunos casos en los que se establecen plazos de mes o mes y medio o cuatro meses, o casos en los que no se establecen plazos. Por ejemplo en Chile no hay plazo para el control de concentraciones, dado que es una cláusula general que se activa y además es voluntario. Es decir, hay varios diseños. Entonces, hay que entrar también a ese lado de la Administración Pública. Y por el lado de lo que es la institucionalidad, comparto mucho lo que dice el Doctor Granda. Estamos en un país en el que hay una serie de situaciones muy difíciles que solamente son señales, es algo que se muestra en los medios. Evidentemente son operaciones de las más importantes las que se van a ver, por el umbral, como decía el Doctor Quintana. El umbral más alto posible, para identificar solamente aquellas operaciones que sean relevantes para el mercado.

Respecto a las características, bueno están ahí (en pantalla). En todos los países que existe el Control de Concentraciones, ha tenido que ver este asunto de la Introducción. Por ejemplo en el cuadro que se mostraba de Colombia, en el año 1959 el control de concentraciones en realidad no se aplicó. Primero que tuvieron que esperar una Constitución que pudiera ser compatible con la ley. Es decir al revés, que la Constitución se haga compatible con la ley, había un desfase de la Constitución con la ley, a pesar de ser vigente ésta no se podía aplicar. Nadie la denunció mediante un proceso de inconstitucionalidad, la ley sigue vigente hoy en día y con una serie de modificaciones ya se aplica. Pero es así, cada situación es singular en cada país, el análisis debe ser propio desde cada cultura.

Finalmente quería hablar del modelo chino. China, por ejemplo, tiene un control de concentraciones del año 2008, con su nueva Ley Antimonopolio. Y si bien es cierto, parte del reconocimiento de una igualdad de participación para extranjeros como nacionales, lo que sí hace es señalar en el artículo primero de la ley lo siguiente: "La ley tiene

como objetivo prevenir y evitar comportamientos anticompetitivos monopólicos para la protección de los intereses del consumidor y de los intereses públicos de la sociedad, así como la promoción del desarrollo saludable de la economía y mercado socialista". Este artículo uno, que además facilita en otros artículos posteriores de la ley, la vigencia no solo del modelo económico sino la protección de su industria, y en el caso particular la competitividad de la nación, ¿no es cierto?, la República Popular China. Entonces, es decir, si va de todas maneras el proceso de control, veamos entonces cuál es el diseño que debemos de tener en cuenta para poder entender que esto no sea como bien señalaban mis colegas y como bien aún se comenta, un perjuicio mayor del que además es posible que se genere con los errores. Quisiera hacer la reflexión final de que si bien estoy en una posición a favor, tampoco me encuentro en discordia absoluta de todos los argumentos en contra en cuanto a todo lo que sí podría generar un riesgo sobre la introducción e implementación de controles. Muchas gracias.

#### DR. QUINTANA:

Sobre este último punto ¿Cuáles son las características de este organismo?, creo que ya se han mencionado casi todas. Debería tener independencia, claramente imparcialidad, sin lugar a dudas institucionalidad, además gran presupuesto, pues lamentablemente genera un gran costo al Estado, en cuanto a personal, sistemas de información para seguimientos de mercados y recopilación de información, contratación de consultorías especializadas, todo ello involucra un presupuesto gigantesco, y de hecho implica también la creación de una entidad especializada si es que no existe. Eso es lo que se necesita, para no explayarme demasiado sobre algo que ya se ha explicado.

El otro punto es: ¿Hay algún ente en la actualidad que puede cumplir esta función? De hecho que sí, creo yo que lo hay, y es INDECOPI. INDECOPI ya lo cumple, como lo ha señalado la Dra. Zúñiga, pues aplica la Ley 26786 del año 1996, que es la Ley de Control de Concentraciones del Sector Eléctrico. Si bien la Dra. Zúñiga lo ha mencionado así rápidamente, en realidad el resultado que ha logrado INDECOPI en este caso, es una muestra típica de lo que sucede con los sistemas de control de concentraciones. De todos los casos que ha conocido, ninguno fue prohibido, sólo dos autorizados bajo condiciones y todos los demás autorizados abiertamente. Además, en los dos casos autorizados con condiciones, mi opinión es que INDECOPI se equivocó cuando impuso las condiciones, estableció condiciones inadecuadas.

Me explayaré más en estos aspectos para que se den cuenta cómo funciona el INDECOPI.

INDECOPI aplica la Norma de Control de Conductas, mediante la cual sanciona concertaciones y abusos de posición de dominio. Cuando empezó INDECOPI, tendría unos cinco profesionales en la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, es el órgano instructor de los casos de infracciones y presenta sus hallazgos y conclusiones a la Comisión, órgano que sólo se reúne periódicamente para resolver los casos. Luego el personal de INDECOPI se incrementó y actualmente serán entre quince y veinte funcionarios trabajando en la referida Secretaría Técnica, para aplicar tanto la Norma de Control de Conductas como la Norma de Control de Concentraciones en el Sector Eléctrico. Anualmente el INDECOPI debe iniciar entre diez y quince procedimientos sancionadores de conductas anticompetitivas es decir, para sancionar infracciones que afectan el funcionamiento del mercado. Si surge un caso de control de concentraciones en el sector eléctrico, gran parte de los funcionarios que hay tienen que dedicarse a este caso que tiene plazos perentorios muy cortos (30 días más 30 días adicionales como excepción, en total 60 días hábiles una vez que se da trámite a la notificación), dejando en suspenso la tramitación de los procedimientos sancionadores, por lo que el plazo de estos últimos, que según la ley debe ser de aproximadamente año y medio sumando las dos instancias, nunca se cumple. Los procedimientos sancionadores de conductas anticompetitivas nunca duran nunca año y medio, sino tres, cuatro o cinco años; claro, porque son complejos, pero a su vez también porque los funcionarios encargados tienen que dedicarse a otros temas, entre ellos los casos de control de concentraciones en el sector eléctrico, en los cuales INDECOPI cuida mucho de tratar de cumplir los plazos. Por ello, si vamos a crear una entidad encargada del control de concentraciones, hay que crear otra plana de funcionarios para ver los procedimientos correspondientes, y créanme que no van a ser quince o veinte, pues por lo general, incluso en economías pequeñas, donde recién empieza a aplicarse este tipo de normas, se contratan cuarenta, sesenta u ochenta personas para administrar el sistema de control de concentraciones. Además, se debe dar entrenamiento a esas personas, para que conozcan y manejen la carga procesal. Esto sin mencionar, la necesidad de crear sistemas de recopilación de información de mercados, que actualmente no tiene INDECOPI. Algunos pueden considerar que esto es bueno, pues significa más trabajo para los abogados, pero preguntémosnos qué tanta carga significa para el Estado. Imagínense ustedes, ochenta personas para revisar estos casos, donde al final aquellas que de verdad preocupan por sus posibles efectos en la competencia son bastante escasas.

Sin lugar a dudas es un sistema costosísimo para el Estado, y eso se traduce en costo para los

privados también. Si para el Estado es costoso, para los privados es igual o más costoso, porque van a contratar a abogados, asesores económicos, entre otros. Solo para que ustedes se den cuenta a lo que me refiero, pregunto: ¿Cuál es la tasa más costosa que se paga en el Perú por un procedimiento administrativo? La ley dice que es 1 UIT como máximo ¿no es cierto? Los casos de libre competencia y sobre todo los de control de concentraciones de en sector eléctrico están exceptuados de ese límite. ¿Cuál es el límite de la tasa de control de concentraciones en el sector eléctrico? 50 UIT ¿Cuántos de los procedimientos que se han dado hasta la fecha han tenido que pagar 50 UIT? ¿Cuántos creen? Todos han tenido que pagar 50 UIT. Ese es el valor solo de la tasa. Se podría decir que está bien porque ello sirve para pagar a los funcionarios que se va a contratar, y está bien que dicha carga se ponga sobre las empresas. Pero las empresas van a contratar abogados, consultores, etc. y eso sigue sumando. Claro, dando como hecho lo que ya dije antes, que

la autoridad sea imparcial, autónoma, honrada. Yo tengo hasta la fecha el máximo respeto por INDECOPI. Pero su institucionalidad es débil. Si uno compara el INDECOPI con los organismos reguladores, los principales funcionarios de INDECOPI no se designan por concurso público. Más bien son procesos de selección directa. Hasta ahora han sido personas probas y conocedoras de la materia. Pero la institucionalidad de INDECOPI no asegura que siempre sea así. Este es un problema grave. Este es un problema no solo conceptual sino práctico que debe verse a largo plazo.

Si bien creo que finalmente se aprobará una norma de control de concentraciones en algún momento, creo también que cuanto más tarde se haga será mejor, y sobre todo hago votos por que la norma sea racional en la asignación de recursos, pues existe el riesgo de que se asigne una cantidad inverosímil de recursos y al final tenga pocos resultados. ☹