

Mesa Redonda: “Control de Concentraciones Empresariales: Promoción de la competencia en los mercados”*

Round table Conference

“Merger control: Promoting competition on markets”

Juan Luis Crucelegui**
Tanja Goodwin***
Tania Zúñiga****
Gonzalo Ruiz*****
Joselyn Olaechea*****

Resumen:

El presente evento gira en torno a la definición y evolución del control de concentraciones, así como la necesidad de implementar una herramienta como esta en el mercado nacional, evaluando si se presentan las condiciones necesarias para una adecuada implementación.

Abstract:

The present event revolves around the definition and evolution of merger control, as well as the need to implement a tool like this in the national market, evaluating if the necessary conditions for proper implementation are presented.

Palabras clave:

Control de concentraciones – Regulación económica – Mercado – Consumidores – Agentes económicos

Keywords:

Merger control – Economic regulation – Market – Consumers – Economic agents

* El presente texto es una transcripción del evento realizado el día 21/03/2017 en el Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú, organizado por la Asociación Civil Derecho & Sociedad. Se agradece a Sheryl Lara Soriano por haber participado como presentadora y moderadora de la misma.

** Jefe de Política de Competencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - UNCTAD. Profesor de la Universidad de Deusto (Bilbao) donde imparte clases sobre Derecho europeo y español de la Competencia en el Master de Derecho de la Empresa y en el Master Universitario de Acceso a la Abogacía.

*** Economista Senior del Banco Mundial. Master en Economía con especialización en Economía del Desarrollo por la New York University, Miembro de la Práctica Global para el Comercio y la Competitividad del Banco Mundial.

**** Miembro del Centro de Propiedad Intelectual, Competencia, Consumidor y Comercio - CEPIC - ESAN

***** Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

***** Socia del Estudio Lazo, De Romaña & CMB Abogados. Docente Universitario en la Catedra de Libre Competencia y Ex miembro de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI.

INTRODUCCIÓN:

Dr. Juan Luis Crucelegui

En primer lugar, quiero agradecer a la Pontificia Universidad Católica del Perú por darme la oportunidad de participar en esta Mesa Redonda para tratar sobre un tema de actualidad, sobre todo aquí en el Perú. En estos momentos se está discutiendo a nivel parlamentario sobre la posibilidad de adoptar un proyecto de ley para el control de las concentraciones económicas. Por lo tanto, considero interesante que el debate de la Mesa se extienda al ámbito universitario, con el fin de que se extienda más a la masa crítica y fomente una opinión mejor fundada, no solo a nivel político, sino también a nivel de la sociedad, y creo que la universidad es un vehículo ideal para que este debate sea más fundamentado. Entonces, creo que es interesante que podamos dar nuestra opinión sobre lo que es el control de concentraciones; en este sentido, también quiero dar mi opinión y compartir un poco de la experiencia de las Naciones Unidas en la producción de este tipo de instrumentos que consideramos que son convenientes para promover mayor competencia en los mercados.

Como ustedes saben, la política de competencia que nació en los Estados Unidos en los años 1890 se ha ido extendiendo progresivamente en todo el mundo; en especial en los últimos 15 o 20 años han habido muchísimos países, sobre todo países en desarrollo, que se han ido dotando de este tipo de normativas con el fin de favorecer más competencia en los mercados y, con ello, promover mejores precios, más innovación y, finalmente, un instrumento para luchar contra la pobreza, que es un tema que preocupa a las Naciones Unidas, donde trabajamos fundamentalmente para los países en desarrollo.

Por lo tanto, el derecho de la competencia es necesario hoy en día para hacer frente a las prácticas anticompetitivas. Es el primer pilar, el más importante y el que más se ha promovido para luchar contra los cárteles, contra los abusos de las empresas que tienen posición de dominio, que pueden actuar en los mercados sin tener en cuenta a sus competidores ni a los consumidores. Ese tipo de prácticas son las que principalmente son objeto del ejercicio diario de las entidades reguladoras de la competencia, orientadas a luchar contra las conductas colusorias en los mercados, es decir, acuerdos entre empresas que tienden fundamentalmente a reunirse para pactar precios y subirlos, repartirse mercados, o a otro tipo de objetivos contrarios a lo que es la libre competencia, que en principio es mejorar los productos e innovar.

El segundo pilar es más moderno, al menos en los países de Europa, incluso aquí también en América Latina: el control de las concentraciones. Este es un instrumento que ha ido poco a poco estableciéndose en las diferentes legislaciones con el fin de luchar contra comportamientos tendientes a eliminar competencia a través de la compra, es decir, del crecimiento externo de las empresas.

Hay formas de crecer internamente, con méritos propios, y otra es ir comprando a los competidores. La mayoría de veces estas operaciones de concentración tienen efectos positivos, incluso si vemos en la práctica la mayoría de las veces cuando dos empresas se fusionan o una empresa absorbe a otra, los objetivos suelen ser fundamentalmente reducir costes, crear economías de escala, mejorar los productos, innovación, etcétera. Es decir, son objetivos totalmente loables y que benefician a los mercados. Por lo tanto, en principio, no podemos ver con malos ojos a las concentraciones de empresas, ya que son hoy en día parte de la actividad económica y, a su vez, hay que permitir a las empresas comprar otras empresas o unirse para crear mejores productos, bajar precios, etcétera.

Los motivos que llevan a una empresa a fusionarse con otra o a comprar otras empresas son varios. Algunas veces es la expansión geográfica. Si yo estoy trabajando en un mercado X y quiero introducirme en un mercado Y, me es más fácil hacerlo si compro una empresa, o me uno, o creo una empresa mixta con una empresa de ese país. De esta forma, para mí va a ser más fácil integrarme en ese mercado a través de una empresa que ya está establecida allí. Es algo totalmente loable. Otras veces se puede hacer para diversificar: si yo me dedico a fabricar determinado producto y quiero diversificar mi producción, lo puedo hacer internamente o lo puedo hacer comprando una empresa que me lo facilite. También pueden haber otros motivos como crear economías de escala, hacer investigaciones para el desarrollo con los elementos de otra empresa que yo no tengo, etcétera.

Son este tipo de motivaciones las que incitan a la concentración, a la fusión, a la absorción de empresas, a la creación de empresas mixtas, etcétera. En la mayoría de los casos a nivel mundial (97% o 98%), los casos de concentraciones de empresas que se presentan son concentraciones aprobadas por las autoridades de competencia porque son operaciones que crean eficiencia en el mercado y, por lo tanto, se ven con buenos ojos. Pero hay un 2% o 3%, dependiendo del mercado, donde las operaciones de concentración tienen objetivos que van más allá de la búsqueda de la eficiencia, como lo es eliminar al competidor para poder

seguir en el mercado de una manera más cómoda, sin buscar la eficiencia con esa compra, simplemente con el objetivo de quitarme a alguien del medio; poder seguir en el mercado subiendo precios probablemente, dado que me he quitado competidores, no tengo competencia, no tengo que preocuparme de ver qué hace el competidor para seguir en el mercado. Cuando elimino a la competencia, entonces puedo jugar más autónomamente y subir precios, puedo dejar de innovar en la medida en que lo hubiese hecho si estuviese ese competidor.

Pues bien, ese tipo de operaciones de concentración son dañinas para el mercado y ahí la autoridad de competencia es quien tiene que intervenir para evitar ese mal. Son casos muy específicos, bien concretos; por lo general son mercados monopolísticos, mercados donde es difícil entrar; las barreras de entrada a veces son naturales, a veces son legales, son altas y por tanto es difícil que nuevos competidores se integren a esos mercados. Entonces, la reducción de la competencia por la causa de una concentración puede ser negativa para ese mercado. Es ahí donde la autoridad de competencia debe intervenir, establecer condiciones a veces para que la operación pueda tener lugar y, otras veces, puede prohibirla, pues determina que no hay una alternativa real que pueda beneficiar al mercado. Ese es el objetivo de un sistema de control de concentraciones: establecer un sistema de análisis que permita disciplinar ese tipo de operaciones, a efectos de que la estructura del mercado afectado no sufra de forma negativa impidiendo que la libre competencia se pueda desarrollar en ese mercado. Por lo tanto, lo que queremos preservar es la estructura del mercado, una estructura competitiva del mercado, de tal manera que los consumidores puedan seguir beneficiándose de una buena diversidad de ofertas y también de un esfuerzo mayor de las empresas.

La mayoría de los sistemas de los Estados que tienen sistemas de libre competencia, tienen ese pilar referido al control de las concentraciones, y estamos observando en los últimos años que estos sistemas de control se están renovando con la finalidad de adaptar el sistema a las necesidades del mercado, es decir, cada sistema de control de concentraciones difiere uno de otro. A veces difieren en el método de control, que puede ser un control *ex ante* o un control *ex post*; a veces los criterios para recibir una notificación difieren también: cuantitativamente, a la importancia de la operación, etcétera.

RONDA DE PREGUNTAS:

1. ¿Cuál es la situación actual de la aplicación del control de concentraciones a nivel mundial? ¿El control de concentraciones es de carácter correctivo o preventivo?

Dra. Tanja Goodwing:

Estamos hablando de una política muy compleja, una discusión que se puede volver bastante teórica, pero que al final tiene efectos reales sobre las familias y sobre los mercados; mercados que ahora son importantes para la reconstrucción de muchas partes del país. En ese sentido, creo que si mantenemos un enfoque sobre los efectos reales en los mercados y en las familias, vamos a poder tener una conversación basada en evidencia empírica sobre dichos temas, porque al final la discusión se centra en cómo podemos mejorar la situación en los mercados, el nivel de competencia y el resultado que vemos en los mercados con los instrumentos que tenemos a nuestra disposición.

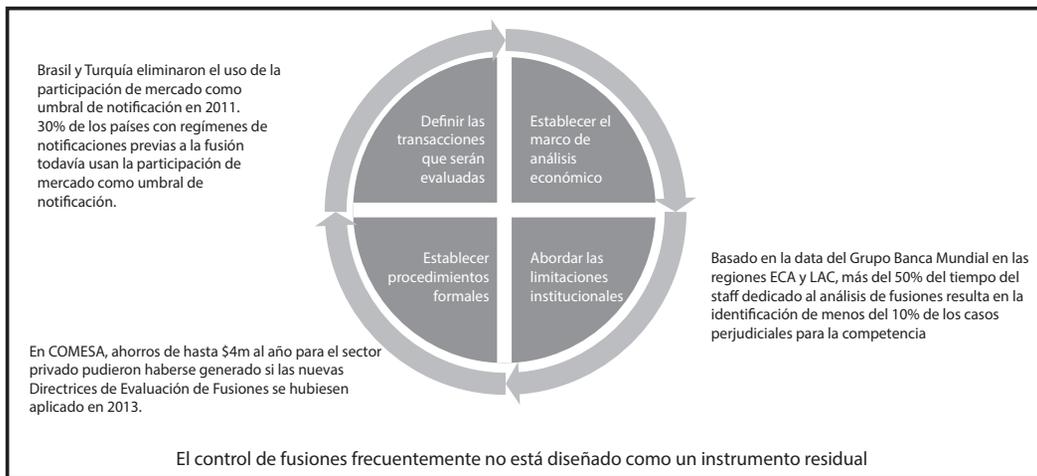
¿Cuáles son esos instrumentos que el gobierno tiene a su disposición para mejorar el funcionamiento de los mercados y promover la competencia? Una parte está en el control de las conductas. En el Perú los carteles son ilegales e INDECOPI está siendo cada vez más efectivo en detectarlos, sancionarlos y también persuadirlos. Por otro lado, también hay prácticas exclusorias que también están bajo el ámbito de INDECOPI, y que le corresponde identificarlos y eliminar sus efectos nocivos.

Por otra parte, lo que también está en el ámbito de la política de competencia, así como nosotros en el Banco Mundial, y nuestro equipo liderado por Martha Licetti, lo entendemos, es alinear las otras intervenciones del gobierno con principios de competencia. Entonces, por una parte, están las regulaciones del gobierno; por otra parte está la intervención directa del gobierno en el mercado, por ejemplo, a través de empresas públicas; y hay otras políticas del gobierno como las compras públicas o el otorgamiento de incentivos, como son, por ejemplo, las políticas de APPs (Asociaciones Público – Privadas) y otras. Si todos estos se alinean con principios de competencia, entonces las empresas tienen incentivos para cooperar eficientemente, y vamos a tener un resultado positivo en el mercado. Precisamente, uno de los instrumentos que muchos países han adoptado es el control previo de concentraciones, pero creo que no lo podemos discutir de manera aislada, sino que es un instrumento dentro de la caja de herramientas que tenemos para mejorar la situación en el mercado.

Veamos a continuación, siempre teniendo en mente cuál es el costo de efectividad de cada instrumento para promover un incentivo eficiente en el mercado, y digamos de lo que nosotros hemos visto en la experiencia internacional. El control de concentraciones es interesante desde el punto de vista de la divergencia o

variancia en la implementación. Si bien, digamos, muchas veces es construido de una manera para promover la competencia en el mercado, a veces no logra realizar este beneficio por una implementación inefectiva. En lo que el Banco Mundial se concentra es en asesorar a los gobiernos para implementar ese instrumento de manera más efectiva. Me gustaría compartir algunos ejemplos con ustedes, de lo que nosotros vemos en la realidad, donde el diseño y la implementación podrían ser más efectivos para lograr los efectos deseados en los mercados.

En primer lugar, un ejemplo es que nosotros tenemos casos en los que una empresa japonesa compra una empresa en Ucrania y tiene que notificar esas concentraciones a África, porque tiene alguna operación en algún país de África, como ellas no han definido el universo de transacciones que se tienen que notificar en función de la relevancia que tiene para el mercado local.



Fuente: Martha Licetti, Banco Mundial, Presentación durante Foro Pre-ICN, Sydney 2015

En este sentido, hay transacciones que su realización no va a generar un efecto sobre el mercado local. También lo que vemos es que el marco de análisis económico es muchas veces no muy eficiente para lograr un efecto sobre el mercado, porque varias veces este análisis se termina en el de la estructura del mercado; ante ello, si una concentración genera una estructura de mercado, una participación de mercado de una empresa ya fusionada de 80% se considera que es nocivo para el mercado. Pero ahí falta estudio, cuál es la teoría del daño que podría generar esta empresa sobre el mercado, si podría subir el precio efectivamente o los consumidores sustituirían, etcétera. Por ejemplo, podría subir los precios o el que tiene el 20% restante del mercado podría ganar mercado con precios más bajos.

Todas esas preguntas se tienen que formular y se tienen que resolver, y no se puede quedar el análisis económico en la participación de mercado. Muchas veces no se abordan las limitaciones institucionales. Nosotros lo que hemos visto en algunos países donde se ha realizado estas entrevistas y encuestas es que más del 50% del tiempo de los funcionarios dedicados al tema de competencia es empleado en el análisis de control de fusiones, y sólo el 10% de todos los casos analizados resultan en una situación que vale la pena bloquear, o sugerir medidas correctivas. La mitad del tiempo está siendo derivado hacia un instrumento, cuando tenemos todos los instrumentos de competencias, y algunos de esos son efectivos en general. Por ejemplo, si todavía tenemos una gran parte de la economía afectada por acuerdos colusorios, donde ya sabemos que el precio ya está 30% - 50% por encima de lo que sería en un escenario competitivo. En ese caso, la pregunta es si deberíamos dedicar todos nuestros esfuerzos a corregir ese comportamiento y reutilizar el control de concentración como un instrumento o medida residual. Allí está el análisis de costo-beneficio y me parece que todavía no tenemos suficiente evidencia empírica y nos falta bastante para analizar el costo de efectividad, porque muchas veces se queda en una discusión teórica.

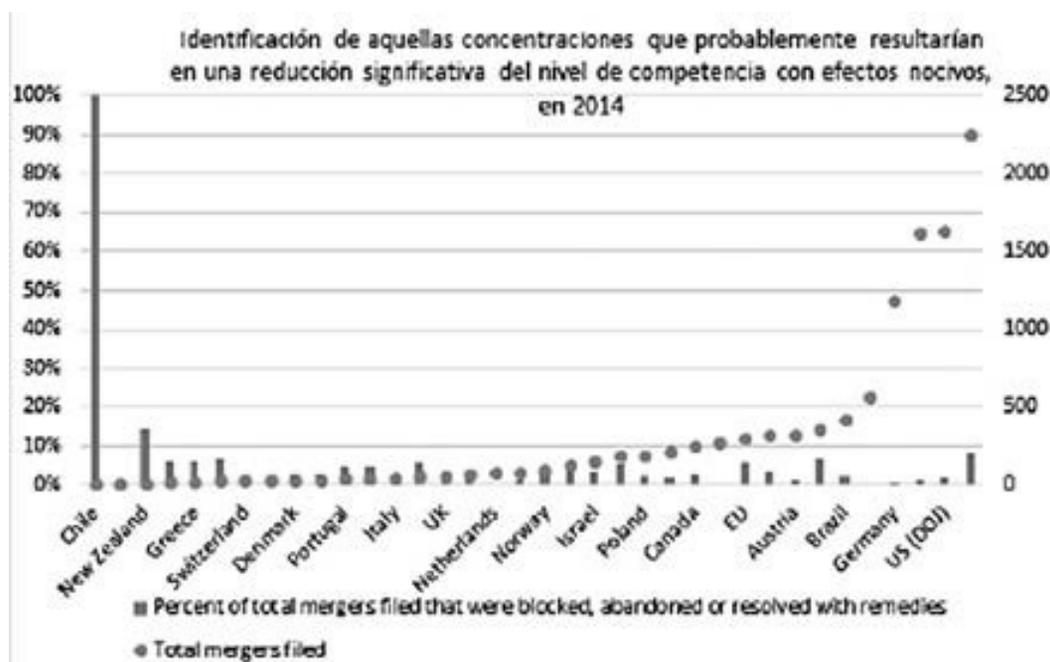
Por otro lado, está el establecimiento de procedimientos formales. Mencionaba hace un momento que en muchos países de África y también algunos de América Latina, los procedimientos formales no son suficientemente adecuados y puede tener un costo para las empresas. Este no es que no pueda ser justificado, pero sí implica que cada acción de concentración genera un gasto para las empresas sin darle un umbral de notificación efectivo. Entonces, esto es un sobrecosto para las empresas y puede eventualmente inhibir ciertos desarrollos eficientes en el mercado, porque nuevamente el análisis de control de concentraciones (por más que se llame así) no es solamente sobre la concentración, sino sobre qué es lo que puede hacer la empresa con esta adicional participación de mercado y también, por otra parte, hay algunas eficiencias

que puede contrarrestar el potencial de efecto nocivo. Este es un análisis de balance que es muy importante al momento de considerar esas transacciones. En este sentido, solo para cerrar sobre cuál puede ser el rol de los organismos internacionales, me parece que podríamos ayudar a traer esta evidencia empírica para informar mejor las exclusiones acerca de las políticas.

A manera de ejemplo, a continuación unas cifras que hemos venido recolectado en un estudio regional en África:



Fuente: Licetti, Begazo, Nyman (WBG, 2016)



Un funcionario ve 0.8 concentraciones al año, es decir, menos de una concentración al año solo por la cantidad de análisis que requiere. En los países que hemos analizado que tienen menos recursos son 3.2 notificaciones por funcionario. Mientras que en países desarrollados, solo el 4% de las concentraciones son bloqueadas, en el caso de los países de África son un 10%.

Sí es interesante que existan en general bastantes concentraciones que se revisan sin que se observen efectivamente una probabilidad alta de que genere un problema en el mercado.

A modo de ejemplo, el caso de Chile es interesante porque antes tenía un mecanismo de control de fusiones voluntario, es decir, no preventivo. Del gráfico vemos que generalmente el control es bastante bajo. En Chile

hubo 3 operaciones que fueron notificadas y 3 que fueron observadas. Evidentemente, esto se dio porque iban a traer problemas en los mercados.

Para resumir, me parece que falta evidencia empírica y el Perú es un excelente ejemplo para hacer todos estos análisis, porque al no tener control de concentraciones, tenemos bastantes fusiones y podemos observar que es lo que pasó luego con estas operaciones. Aquí es un espacio donde los organismos internacionales pueden ayudar con estudios empíricos para tener una discusión con evidencia real y poder diseñar las medidas en función de esta evidencia empírica.

Dra. Tania Zúñiga:

El control de concentraciones empresariales un tema que muchos años nos tiene en suspenso, tanto al sector privado como al sector público, porque realmente es complejo, y en el debate aportamos los académicos, los organismos internacionales como la UNCTAD y el Banco Mundial.

Me gustaría complementar las anteriores intervenciones presentando el proceso de evaluación previa que va a realizar la autoridad de competencia, denominado control de concentraciones, pero también definir qué es una operación de concentración.

En primer lugar, para poder entender ello, debemos considerar que la operación parte de la iniciativa privada, es una operación que surge de un interés por el crecimiento externo corporativo, de las empresas del mercado, que pueden ser de tipo horizontal, vertical o de conglomerado, a través de las cuales se modifica la estructura del mercado. Asimismo, podemos identificar operaciones de concentración de orden convencional y no convencional. Cuando hablamos de convencionales hacemos referencia a un acuerdo en el cual va a mediar una serie de valorizaciones en el proceso de adquisición de la empresa (*due dilligence*), en cambio, en las denominadas no convencionales, hacemos referencia a la intervención del mercado de valores, concretamente a través de la oferta pública de adquisición (OPA).

En el caso del Perú, en el capítulo sobre el régimen económico de la Constitución de 1993, nos presenta un Estado facilitador y un Estado vigilante, es decir en el ámbito de la libre competencia, el Estado tiene un doble rol, facilitador y vigilante, de conformidad con lo establecido en los artículos 58 y 61, y con ello, es posible identificar que hay una potestad administrativa por parte del Estado para poder evaluar dichas operaciones.

La evaluación previa se presenta antes del cierre de la operación, es una etapa en la cual los privados van a tener que solicitar la autorización ante la autoridad de competencia, y como resultado de ello, esto puede expresarse de tres formas: una autorización, que es un procedimiento administrativo; una autorización con condiciones; pero también podría no autorizarse. Por otro lado, coincido en que a nivel internacional hay un número alto de operaciones autorizadas en contraste con las no autorizadas; sin embargo, eso no suprime la posibilidad de entender que el control de concentraciones es un instrumento de carácter preventivo, no es un instrumento igual que un control de conductas en el mercado, en el que se evalúan y determinan conductas anticompetitivas. Es cierto también que en países como el caso del contexto europeo, o el propio caso de la Unión Europea, se introdujeron normas de competencia pero esperaron un tiempo más para introducir un control de concentraciones.

En ese sentido, es importante entender cómo se va a diseñar e implementar este control, dado que de todas formas el Perú deberá implementarlo, pues es parte de la política de competencia.

Conviene asimismo precisar, que lo que estamos discutiendo cuando hablamos de control de concentraciones no es por un lado, la protección de las empresas, o por otro, la de los consumidores en particular, en lo esencial se trata de la protección del proceso competitivo, la libre competencia, y a través de ello se logra la maximización del bienestar del consumidor.

Entonces, la particular situación que atraviesa el Perú en materia de evaluar la pertinencia de un control de concentraciones, no se reduce a la evidencia de poder calificar o valorar una estadística a nivel internacional, muy baja en materia de concentraciones que no son autorizadas, y por ello no sería necesario un control de concentraciones, es decir, la mayor parte de ellas (operaciones de concentración) se aprueban, y en buena parte se aprueban con una serie de condiciones.

Sin embargo, este proceso en sí supone una cierta disciplina de mercado. Si no tuviéramos este instrumento de evaluación ex ante, una vez que ingresen al mercado la empresa o empresas, sería más difícil atender las consecuencias, con efectos muchas veces irreversibles. El control ex ante es un control de naturaleza eminentemente preventiva, que evalúa los efectos de los cambios que se producen en la estructura del

mercado, y a través del cual se pueden autorizar operaciones de concentración incluyendo condiciones, es decir obligaciones de hacer o de no hacer a cargo de las empresas que solicitan la autorización. Estas condiciones permiten garantizar un proceso competitivo efectivo en el mercado, prevenir distorsiones en el mercado como el establecimiento de barreras de acceso al mercado.

Las condiciones impuestas a las operaciones de concentración luego pueden ser reevaluadas por hechos sobrevinientes o por cambios en la legislación, a través de la revocación de actos administrativos. En el caso del Perú, el INDECOPÍ ya se ha pronunciado en un precedente de observancia obligatoria en el año 2014 (Resolución N° 0623-2014/SDC-INDECOPÍ) sobre la importancia de la revisión de oficio de las condiciones impuestas para las operaciones de concentración autorizadas en el sector eléctrico, que como sabemos, es el único sector en el que se aplica el control ex ante, en el marco de la Ley N° 26876 y su Reglamento.

También me gustaría comentar sobre la aplicación del control de concentraciones en América Latina. En primer lugar, no solo se trata de identificar las leyes de competencia, sino también amerita una evaluación de índole histórica y por supuesto de política económica, es decir el rol del Estado en la economía. Como se observa en el cuadro de la diapositiva, se pueda observar la evolución de la legislación de competencia en América Latina, así como la evolución del desarrollo normativo en cuanto al control de concentraciones empresariales, leyes y sus modificatorias.

<i>Desarrollo de la legislación sobre control de concentraciones en América Latina</i>		
<i>1950 - 1980</i>	<i>1990 - 1999</i>	<i>2000 - actualidad</i>
Colombia (1959, 1964)	Venezuela (1991)	Uruguay (2000, 2007)
Chile (1973)	México (1991)	Argentina (2001)
	Colombia (1992)	El Salvador (2006)
	Brasil (1994)	Honduras (2006)
	Costa Rica (1994)	Nicaragua (2006)
	Bolivia (1994) ¹	Panamá (2007)
	Panamá (1996)	México (2006)
	Perú (1997, 1998) ²	Colombia (2009, 2013)
	Argentina (1999)	Ecuador (2011)
		Brasil (2012)
		Paraguay (2013)
		Chile (2016)

Nota: Elaboración propia. 1: Bolivia aplica el control bajo la Ley del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE). No tiene ley de competencia. 2: Perú aplica el control únicamente en el sector eléctrico, Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

Es importante destacar que las políticas económicas de reforma estructural han explicado las reformas jurídicas en materia de libre competencia.

Concretamente la política y legislación modernas sobre libre competencia en América Latina nace en la década de los noventa, precisamente en el marco de las reformas estructurales de orden económico.

La introducción de un régimen sobre control de concentraciones no necesariamente se presenta de manera conjunta con las primeras disposiciones normativas sobre control de conductas anticompetitivas. La legislación sobre el control ex ante puede ser introducida años después que las leyes de competencia sobre control ex post entren en vigencia.

Un ejemplo interesante es el caso de la Unión Europea. Las normas jurídicas comunitarias de los tratados constitutivos, en un primer momento se orientaban fundamentalmente a la evaluación de las conductas y prácticas anticompetitivas, y aunque la autoridad comunitaria europea de competencia tuvo que evaluar operaciones de concentración a partir de normas generales dispuestas en los tratados fundacionales, será recién con la introducción del reglamento comunitario de 1989 que se regulará el control de concentraciones bajo un cuerpo normativo específico, el cual fue posteriormente modificado con el Reglamento del año 2004 (Reglamento CE 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas), vigente al día de hoy. Ello acorde con la evolución de la legislación de competencia y la convergencia normativa global en cuanto a la aplicación del test de evaluación de las operaciones de concentración, pues se sustituyó el test de la dominancia (dominance test) por el test del significativo impedimento de la competencia efectiva

(significant impediment to effective competition, SIEC test). Un cambio muy importante en el aporte a la seguridad jurídica en el ámbito de los procesos de autorización de las concentraciones.

Otro ejemplo similar, es el caso de Argentina, la Ley N° 11.210 de 1923 contenía normas de orden penal y no tuvo una aplicación efectiva, y fue varias veces modificada. Será recién en 1999 con la Ley N° 25.156 que se introduce el control de concentraciones. Se trata de una ley moderna que se alejaba del orden penal e ingresaba al régimen legal administrativo de las infracciones administrativas en cuanto a las conductas restrictivas de la libre competencia. Otro caso es el de Colombia, que si bien la Ley N° 155 del año 1959 refiere a la evaluación de operaciones de fusiones o integraciones; no se aplicó de manera efectiva debido a una falta de precisión necesaria en las definiciones y al marco constitucional vigente. Posteriormente, fue necesaria una serie de reformas legales en los sesenta y noventa, e incluso al inicio del milenio en el año 2009 con la Ley N° 1340, para regular de manera detallada el procedimiento administrativo del control previo.

En gran medida estamos hablando de la oportunidad en que se introduce legalmente el control previo de concentraciones, que se fundamenta en razones de política económica y los objetivos de la política de competencia en cada país o jurisdicción nacional o como hemos referido, en el ámbito de procesos de integración como la Unión Europea.

Al respecto, conviene señalar que en el caso de la Comunidad Andina, de la cual el Perú es Estado Miembro, a la fecha no existe norma jurídica comunitaria sobre libre competencia que regule el control ex ante. En el año 2005 entra en vigencia la Decisión N° 608 (Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina) cuyos alcances se limitan exclusivamente a la regulación de las conductas restrictivas a la libre competencia.

Quizás el valor agregado de esta Decisión sea haber identificado que tanto Bolivia como Ecuador no tenían leyes de competencia y a manera de invocación a ambos Estados Miembros de evaluar y tomar acciones en el campo de la legislación y política de competencia, la Decisión N° 608 permitía que Bolivia pudiese aplicar la Decisión en lo que resulte aplicable. Y en cuanto a Ecuador establecer un *vacatio legis* de dos años para que pueda aprobar su propia ley de competencia. Hoy en día Ecuador ya tiene una ley de competencia que entró en vigencia en el año 2011. En el caso de Bolivia, aún no se aprueba una ley de competencia, pero a través de la Ley de Regulación Sectorial (SIRESE) se evalúa selectivamente conductas y operaciones de fusión en los sectores regulados. Ello responde indudablemente a objetivos de política de Estado.

De otro lado, es interesante observar en América Latina que países como Chile o Argentina se encuentran trabajando en las modificaciones a sus leyes de competencia. Chile el año pasado aprobó la Ley N° 20.945 que establece el control de concentraciones de naturaleza obligatoria, ya no voluntaria o semi-voluntaria, como se venía aplicando a partir de una cláusula general prevista en el Decreto Ley N° 211 del año 1973. Con ello se inaugura una nueva era en la legislación antitrust chilena, complementada con una serie de modificaciones en el ámbito procesal y en las funciones a cargo de la autoridad de competencia. Se está a la espera de que se emita y entre en vigencia su Reglamento.

En el caso de Argentina, también se encuentra bajo evaluación el régimen sobre control de concentraciones, incluyendo las guías y lineamientos sobre la evaluación que realiza la autoridad de competencia. El año pasado se presentó el proyecto de ley de defensa de la competencia, que recoge las recomendaciones de la OCDE del peer review del año 2006. El proyecto comprende la revisión integral del sistema de defensa de la competencia en la Argentina, con la creación de una autoridad independiente, que permita la disminución de influencia política en la aplicación de la legislación de competencia y en los procesos de evaluación de conductas y en lo correspondiente a las operaciones de concentración, en todos sus aspectos, incluyéndose la creación de una Secretaría de Concentraciones Económicas, reforzándose además los aspectos procesales con la definición de plazos preclusivos, y la creación de un procedimiento sumario, con la finalidad de dar un mensaje de seguridad jurídica, transparencia y predictibilidad al sector privado. Un esfuerzo altamente positivo para la economía, el proceso competitivo y los consumidores.

Complementando la presentación del Profesor Távara, efectivamente en el Perú se han presentado cuatro iniciativas legislativas sobre el control de concentraciones empresariales, en el año 2005, 2012 y en el año 2016 dos proyectos de ley. En cuanto a la iniciativa del año 2005 (Proyecto de Ley N° 14199/2005-CR) se trató de una reforma de toda la legislación de competencia, el control se encontraba regulado en un capítulo del proyecto de ley. Esta fue la primera iniciativa y que partió de la autoridad de competencia, el INDECOPI bajo la presidencia del Profesor Santiago Roca, en aquella época. Cabe indicar que no se trató de una propuesta representativa del Poder Ejecutivo como tal, en gran medida porque el Ministerio de Economía y Finanzas no estuvo a favor de la introducción del control ex ante. Esta iniciativa no prosperó, y la suerte del capítulo sobre control de concentraciones siguió la del texto completo del proyecto de ley.

En abril del año 2012, se presentó un proyecto de ley sobre control de concentraciones (Proyecto de Ley N° 972/2011-CR, propuesto por el Congresista Delgado) aplicable a todos los sectores de la economía. Este proyecto comprendía disposiciones acorde con la tendencia global, en particular sobre el test de evaluación, el significativo impedimento de la competencia efectiva. Se introdujo un umbral que ascendía a 100 000 UIT. Este proyecto no llegó a ser debatido en el Pleno del Congreso. Sin embargo, esta propuesta ha sido reactivada en mérito a la presentación de la iniciativa legislativa sostenida en el Proyecto de Ley N° 367/2016-CR presentada el año pasado por el Congresista Arana, cuyo texto recoge el contenido del proyecto del año 2012. Asimismo, el año pasado fue presentada un poco antes otra iniciativa legislativa por el Congresista Lescano a través del Proyecto de Ley N° 353/2016-CR, que también se pronuncia por la introducción de un control de concentraciones, pero presenta un texto muy escueto e incompleto desde el punto de vista técnico.

Es importante en ese contexto de los proyectos de ley, resaltar la importancia del debate abierto, del intercambio de opinión alturado y con críticas constructivas. Desde diciembre del año pasado, se ha iniciado en el seno del Congreso de la República un debate nacional sobre la posibilidad de contar con un control de concentraciones empresariales. Dicho escenario se constituyó a partir de una moción presentada por el Congresista Jorge Del Castillo constituyéndose al interior de la Comisión de Economía del Congreso, el Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación del Empleo, de composición multipartidaria.

He tenido la oportunidad de haber participado en todas las sesiones, en las cuales se ha convocado al sector académico, sector público, a representantes de las organizaciones internacionales y tengo entendido que próximamente al sector empresarial. Dada la complejidad de la materia, el objetivo es propiciar y promover un intercambio fructífero con la finalidad de identificar opiniones, comentarios, sugerencias, y en un determinado momento arribar a una propuesta a partir de la información que se recoja en las sesiones en las que han participado todos los sectores involucrados.

Me gustaría por ello también hacer referencia al aporte que realiza la UNCTAD. El doctor Juan Luis Crucelegui que nos acompaña hoy en el panel, y en su oportunidad, el doctor Hassan Qaqaya, como representantes de la Unidad de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor de la UNCTAD, han contribuido a través de las conferencias y reuniones en las que han participado con autoridades y la comunidad académica a fin de promover y facilitar el conocimiento sobre la naturaleza y aplicación de este instrumento de política de competencia.

Considero que las organizaciones internacionales como la UNCTAD, el Banco Mundial, la OECD y también la ICN (International Competition Network) vienen cumpliendo en el mundo un rol indudablemente relevante y muchas veces decisivo en la implementación de una efectiva política de competencia a nivel global promoviendo el mejor funcionamiento de los mercados y el bienestar de los consumidores.

2. ¿Cuáles son los motivos para la introducción de un control de concentraciones en el marco de los objetivos de la Política de Competencia en una economía de mercado como la del Perú? ¿Qué opinión le merece la recomendación de la OECD sobre la necesidad de un control de concentraciones en el Perú?

Dr. Juan Luis Crucelegui:

Los argumentos para la introducción de este tema son varios. En primer lugar, tal como señaló la Dra. Zúñiga, en el caso Europeo no se había previsto un control de concentraciones. Inicialmente, esto se dio porque los mercados se autoregulan; y en segundo lugar, porque sin control de concentraciones se podía conseguir que las empresas europeas pudiesen crecer a través de ese tipo de operaciones. No obstante, en la práctica se vio que los mercados no se regulan ellos mismos y que se están creando grupos europeos que autorizan mercados, situación que cambia la competencia y que se está repitiendo aquí también, por ejemplo las cadenas de farmacias, cervezas, y otros, asimismo, Indecopi tiene las manos atadas al no tener un instrumento para regular este tipo de operaciones, lo que tiene efectos negativos en el mercado como la obstaculización en la entrada de nuevas empresas. Por lo tanto, considero que el control de concentraciones es un sistema básico y necesario para conservar la salud de los mercados, porque la agrupación de empresas produce las conductas colusorias.

En ese sentido, se ha comprobado que la mayoría de las operaciones de concentración son aprobadas con condiciones o sin condiciones. En el caso de España, antes del 2007, un control de concentraciones era político porque estaba sometido a votación de los Ministros, desde el año 2007 se trató de una aprobación más técnica, pero en 10 años ya no hubo ni una sola prohibición, lo que indica que hubo una cierta negociación sobre el análisis de una concentración entre la autoridad y las empresas a efectos de que la operación se adecue a las condiciones del mercado y no produzca aspectos negativos en éste. Por ello, el

objetivo del control no es entorpecer, sino facilitar el desenvolvimiento del mercado.

En cuanto al coste –porque se dice que cuesta mucho dinero tener personal que se dedique a esto, etc. – pues es algo que también se tiene que analizar. Ello se logra estableciendo qué tipo de operaciones vamos a controlar, es decir, qué cuantía mínima vamos a exigir para que una operación entre dentro del control. Tenemos que ver las operaciones que tengan una dimensión importante, no vamos a controlar operaciones pequeñas que no producen efectos en el mercado, porque eso resta tiempo y dinero al Estado, y por tanto hay que evitarlo. Debemos buscar las operaciones que tengan un impacto en el mercado.

Ahora, para financiar estas operaciones se puede establecer una tasa –como se ha hecho en muchos lugares– que las empresas que se fusionan tienen que pagar a la autoridad por el trabajo que le cuesta, y así buscar sistemas de autofinanciamiento para este tipo de trabajo a la autoridad de competencia.

Finalmente, hay otro tema importante. Hoy en día gran parte de las fusiones tienen un carácter transnacional y, por tanto, las soluciones no vienen solamente dadas por una autoridad de competencia, sino por varias autoridades de competencia. Tiene que haber una cooperación internacional entre las agencias de competencia, para que las condiciones que se impongan a estas operaciones de concentración estén coordinadas entre estas autoridades.

El hecho de no tener una política de control de concentraciones, evita que la autoridad de competencia (del Perú, por ejemplo) pueda entrar en esa dinámica de observar y de poder opinar sobre los efectos negativos que puede tener una operación de concentración dentro de los mercados. Por lo tanto, esta también es una parte que hay que mirar desde la perspectiva de tener una presencia en el ámbito internacional, sobre todo en mercados tan globalizados como los que tenemos hoy en día. Esta también es una preocupación respecto a la implementación de un mecanismo de control de concentraciones.

Dr. Gonzalo Ruiz:

Sobre la pregunta referida a por qué debemos introducir el control de concentraciones, creo importante hacer algunos comentarios previos. El Perú hace varias décadas ha optado por un modelo de economía de mercado y un marco constitucional que descansa en el supuesto de que las empresas compiten efectivamente. Para que sea percibido por los distintos agentes de la sociedad como legítimo y justo, tiene que traducirse en beneficios efectivos para todos los consumidores y todos los integrantes de la sociedad.

Cuando un ciudadano de a pie se entera que las empresas farmacéuticas, las empresas de papel higiénico o las empresas de seguros, se ponen de acuerdo para fijar precios, la percepción que se tiene es que el modelo no funciona, a menos que haya una autoridad que sancione drásticamente esas prácticas. Esto ocurre, entre otros aspectos, porque de alguna manera lo que perciben los consumidores es que se les está afectando en el bolsillo.

En el Gráfico (ver gráfico 1) se muestra un indicador que se utiliza mucho en el análisis de libre competencia, que es el Índice de Herfindahl e Hirschman, que es un indicador que va del 0 al 10000, donde 10000 significa un sector totalmente concentrado (un monopolio) y donde 0 es una estructura de competencia perfecta. Lo que vemos acá en primer lugar es que el mercado de telefonía móvil es un mercado relativamente concentrado, con indicadores que durante los últimos 15 años han oscilado entre 4000 a 5000, alcanzando a la fecha su mínimo histórico.

Sin embargo, quisiera centrar la atención en un evento que se da entre el año 2004 y el 2005, en donde este índice pasa de 3600-3800 a 5000. ¿A qué se debe ese salto en el nivel de concentración? Lo que sucedió es que se dio una fusión, y lo que vemos a partir de esa fecha es que el índice se mantiene alrededor de 5000 hasta hace muy poco, en el año 2014, donde hemos visto el ingreso de nuevos competidores (Entel y Bitel) y una serie de políticas implementadas en el sector para promover la entrada, y reducir los costos de cambio, lo que ha permitido reducir los índices a niveles históricos. Sin embargo, para ello nos hemos demorado más de 10 años en volver a tener los niveles de competencia que tuvimos en el año 2004. No es difícil cuantificar el costo que esta operación de fusión tuvo para el consumidor. Y eso tiene que ver nuevamente con contar con un instrumento adicional en la política de competencia, que es el control de concentraciones, una herramienta más dentro de todo un abanico de políticas que buscan promover la competencia.

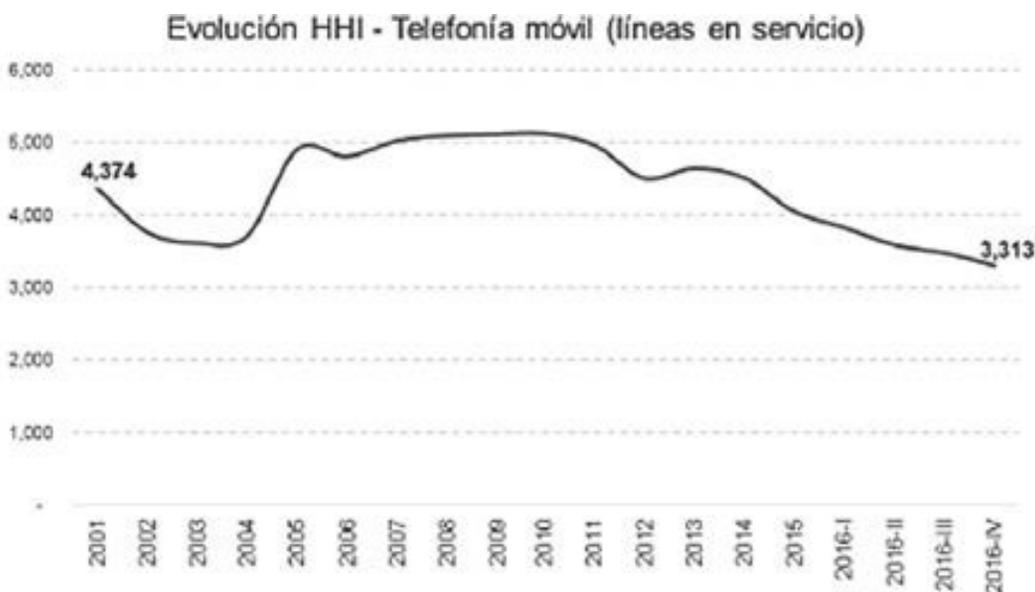


Gráfico 1

Ahora, centrándonos en el sector de telecomunicaciones, en el Perú tenemos un marco regulatorio donde existe un regulador que a su vez analiza temas que normalmente vería una agencia de competencia. En efecto, en el Perú tenemos una agencia de competencia para todos los sectores de la economía (INDECOPI), y una agencia de competencia para el sector telecomunicaciones (OSIPTTEL). Esta regla institucional ha sido muy interesante e importante, porque le ha permitido a OSIPTTEL aprender a combinar herramientas de control *ex post* con herramientas de control *ex ante*, como lo es la regulación misma. La regulación moderna en las telecomunicaciones –a diferencia de la regulación tradicional de los años 80 que se basaba en la fijación de tarifas en mercados con estructuras de monopolio natural– tiene como principal objetivo promover la competencia. El cambio tecnológico ha permitido que muchos mercados que antes eran considerados monopolios naturales, hoy sean mercados competitivos. Y la regulación en el caso del sector telecomunicaciones promueve esa competencia: tenemos las normas vinculadas a portabilidad, reducción de cargos de interconexión, desbloqueo, y una serie de medidas que explican en cierta medida la reducción en los índices de concentración.

El debate en torno a la conveniencia o no de la implementación de un control de concentraciones en el Perú ha pasado por diversas fases. En los años 90 se mencionaba mucho el argumento de la economía en transición. Se decía que la economía peruana estaba en proceso de liberalización, con cambios estructurales en los mercados, incentivos tributarios a las empresas que se fusionaban y, por lo tanto, no era prudente promover una normativa vinculada con el control de fusiones. Lo que hemos observado en los últimos 15 años nos demuestra que en ciertos mercados hemos avanzado de manera importante, y en ellos debemos evitar que, producto de operaciones de concentración, el usuario se vea afectado negativamente, y que se distorsione lo que supuestamente una economía de mercado debería ofrecer, que es el acceso a una pluralidad de opciones.

Nosotros en el sector telecomunicaciones hace mucho tiempo teníamos tres operadores en el mercado móvil. Ahora tenemos cuatro operadores, más un operador móvil virtual. Tenemos que cuidar esa competencia y ese número de operadores, porque esto es beneficioso para los usuarios.

En el caso del Perú existe un mecanismo alternativo a través del cual se puede hacer el control de concentraciones, o reducir el número de concentraciones, que es básicamente impedir que respecto a los contratos de concesiones puedan darse operaciones de sesión de titularidad. Eso se ha utilizado en algunos casos para que, previa opinión de OSIPTTEL respecto a los efectos sobre la competencia y el análisis del impacto de determinada operación, eventualmente se pueda evitar una operación de concentración. Sin embargo, creemos que un mecanismo más ordenado y eficaz podría ser el control de concentraciones, pero siempre a cargo del OSIPTTEL.

Dra. Joselyn Olachea:

Empiezo por la pregunta referida a qué opinión merece lo señalado por la OECD. Y vamos a verlo desde un enfoque práctico: la OECD no es la que quiere que nosotros entremos en ella, sino que nosotros queremos entrar en ella.

La pregunta importante es si realmente queremos entrar en la OECD y si tenemos que hacer todo lo que la OECD nos pide. Eso es lo que tenemos que evaluar como política pública. Debemos sentarnos, pensar y evaluar si estamos a la altura de cumplir las políticas en educación, corrupción, todas ellas políticas muy estrictas, y si estamos dispuestos a cumplir con estas políticas. Y eso también se aplica al tema del control de concentraciones. No solo es cuestión de copiar una política pública, sino de evaluar si es válida para nosotros porque es bueno implementarla en el país.

Dicho esto, son más de 20 años que escuchamos la eterna discusión sobre el control de concentraciones. Hasta ahora ha prevalecido el 'no' a esta opción. Pero si revisamos lo sucedido hemos tenido momentos importantes e históricos de hacer política pública seria. Para ello el INDECOPI recibió el apoyo de los organismos internacionales para elaborar una ley de concentraciones, que dicho sea de paso, también demanda la introducción de las mejores prácticas que tienen las normas de países europeos o los EE.UU. Es por ello que el Estado Peruano, directamente el INDECOPI ha contado con el apoyo del Banco Mundial, con asesoría técnica y especializada, donde se precisa que antes de tener una política de concentraciones hay que tener los tópicos claros, entre los que destaca fijar un umbral alto donde no se intervenga cualquier operación, sino solo las importantes.

Es hora de que INDECOPI haga una evaluación de lo que corresponde. Hay que ponerse a pensar cómo se va a hacer esto. La respuesta de un buen funcionario público siempre debe ir orientada a comprometerse a hacer lo que realmente está dentro de sus posibilidades, no es bueno atiborrarse de funciones que uno no puede cumplir, eso no tiene sentido.

Ahora, se puede teorizar mucho sobre el tema, pero debemos ver que hoy el INDECOPI tiene una de las agencias de competencia más fuertes de la región. Es una agencia relativamente pequeña pero sumamente fuerte, y que puede manejar el tema. Hay maneras serias y equilibradas para analizar un control de concentraciones, que no demanden más recursos de los que deben estar orientados a carteles. Yo creo que el análisis de carteles es lo que principalmente debe hacer una agencia de competencia, pero no por eso creo que el control de estructuras deja de ser una herramienta de política pública que puede servir mucho a la política de competencia.

En el Perú no se ha hecho el análisis serio sobre el tema. Siempre los detractores del Control de Concentraciones en el Perú han señalado que INDECOPI es una institución de competencia muy joven y que no lo podría hacer por temas de capacidad y por temas de legalidad. Entonces, analicemos el tema legal el artículo 61° de la Constitución dice 'El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite...'. Legalmente sí se puede hacer: facilitar y vigilar la libre competencia implica estar alertas a la concentración del mercado. Si hay umbrales altos la agencia prestará su atención a los casos importantes. Sobre la capacidad, se tienen los implementos para hacerlo técnicos y legales. Un equipo de técnicos capacitados en la Secretaría Técnico y la Comisión de Libre Competencia que es una de las más sólidas conceptualmente hablando y la elección de los comisionados ha sido muy cuidadosa. No creo que hoy en día haya algún operador privado que tenga la mínima duda de que la Comisión va a actuar de manera absolutamente técnica en un análisis de concentraciones económicas, igual que actúa en los casos de carteles o abuso de posición de dominio.

En esa línea, cuando se produjo la tan comentada concentración de medios, recuerdo haber dicho que hubiera sido propicio tener un control de concentraciones. Porque si se hubiera analizado esto bajo la lupa del control, la operación hubiera sido aprobada. Para obtener información uno accede a los canales de YouTube y de otros medios de comunicación en el mundo a través del internet, y hoy en día es indiscutible que la fuerza en la prensa escrita no es tal. La prensa escrita no tiene el control de lo que sucede en la realidad. Incluso ha perdido su presencia como difusor de primicias porque estas se obtienen en tiempo casi real porque son "colgadas" en redes sociales o en canales de información de internet y aparecen como desfasadas en el periódico del día siguiente. La tecnología le resta valor a la concentración de la prensa escrita. Así, no hubiera sido necesario asustarnos por esta concentración. Sin embargo, INDECOPI no lo analizó, y el tema se fue al Poder Judicial y ahí se entró a discutir el tema de las excepciones, y otros temas procesales. Con todo respeto por la judicatura, es difícil que un juez entienda sobre un tema de esta naturaleza. Y se privó a la autoridad de competencia y a los consumidores, de realizar y conocer si dicha concentración era buena o mala.

Entonces, yo creo que se debe asumir el tema desde el punto de vista institucional, como país qué implica tener un control de fusiones. Ver si realmente se quiere adoptar como política pública, costear los recursos que van a demandar, y si decidimos implementarlo si lo vamos a hacer conforme a las mejores prácticas del Banco Mundial o de la OCDE. Y si todo ello es así, yo creo que el sistema va a funcionar y será de mucha utilidad.

Dra. Tania Zúñiga:

Lo que nos propone la OECD son recomendaciones, sin embargo, se estima que son indicaciones que debe considerar el Estado Peruano si desea ser parte de la organización, y por ello, dichas recomendaciones debieran ser implementadas en la medida de lo posible. Sería lo más consecuente y congruente de acuerdo a lo que estamos discutiendo en el país.

Este es un asunto de orden de política regulatoria y política económica que se ha venido estudiando, analizando y en el que el control de concentraciones ha sido referido en el marco de las recomendaciones derivadas de estudios realizados por la OECD.

Es el caso del Estudio Multidimensional sobre el Perú (Multidimensional Review of Peru), publicado el año 2015 como parte del Programa País 2015-2016 suscrito entre Perú y la OECD en el marco del establecimiento de una estrategia de desarrollo sostenible para el Perú. Precisamente en el capítulo 3 sobre Competitividad y Diversificación Económica la OECD refiere que el control de concentraciones debería ser implementado, considerándose la notificación obligatoria de las operaciones según un umbral adecuado y la mejora del marco institucional del INDECOPI.

El control ex ante es el complemento del control ex post. Y bajo este comentario, la legislación de competencia en el Perú se encontraría incompleta.

Sobre el tema de política de competencia, efectivamente, creo que debemos entender que la legislación parte de un objetivo reconocido en nuestro modelo económico y político. El constituyente de la Constitución Política de 1993 decidió precisamente a través del régimen económico reconocer no solamente el rol subsidiario del Estado, sino además otorgarle un rol facilitador y vigilante, en una Economía social de mercado. El artículo 61° constituye el fundamento para poder discutir sobre no solamente el tema sobre la conveniencia o no del control de concentraciones, sino en general sobre la política y legislación de competencia en el Perú.

Yo creo que estamos discutiendo desde hace muchos años el tema del 'sí' o el 'no', y ya conocemos los argumentos a favor y en contra. Lo que debería preocuparnos es el diseño del control, y cómo ello afecta o afectaría al proceso competitivo y al bienestar de los consumidores. Sobre ello sí hay que trabajar muchísimo, tanto en la determinación del ámbito de aplicación de la ley, es decir, cuáles son las operaciones de concentración que vamos a reconocer como objeto de la evaluación por parte de la autoridad de competencia, así como el tema del umbral, que es algo que tiene que ser realmente sustentado de manera técnica y saber a qué números nos referimos, el procedimiento, los criterios de evaluación, entre otros.

Sobre el aspecto material, es decir, el test de evaluación, es importante señalar la influencia de la convergencia normativa a nivel mundial, y es importante reconocer el rol que cumple la International Competition Network, en la cual participan las agencias de competencia de todo el mundo y colaboran entre sí intercambiando información en una suerte de foro permanente para precisar aspectos de convergencia normativa. Precisamente, sobre el test de aplicación, la importancia de la convergencia ha llevado a que se establezcan estándares internacionales. En el caso de la Unión Europea, por ejemplo, el test de la dominancia fue sustituido por el test de la restricción significativa de la competencia efectiva en el mercado (el SIEC test, por sus siglas en inglés). Con este nuevo test no se condena el cambio que se efectúa en las participaciones en el mercado, sino que se evalúan los efectos que la operación produce en la estructura del mercado. Ello porque se puede aceptar argumentos de eficiencia como elemento para autorizar una operación de concentración. Y es así como se viene trabajando en la regulación y diseño del control ex ante.

Dra. Tanja Goodwin:

Se han planteado muchos argumentos a favor de una introducción a la concentración de concentraciones. El Banco Mundial considera que es una decisión política de cada país y, como economista, a mí siempre me gusta responder: "depende".

Respecto a la observación sobre las recomendaciones de la OECD, efectivamente como se ha señalado, es algo que se ha recomendado con mucho énfasis. Sí me parece interesante observar que Chile ha adoptado estas recomendaciones, pero concluyo que es una decisión política de cada país.

Me gustaría añadir dos puntos referidos al control de concentraciones a nivel internacional, que podrían tener un rol interesante. El primero es lo referido a una investigación que hemos hecho sobre los cárteles detectados a nivel de América Latina y Sudáfrica. Ya hemos detectado alrededor de 300 acuerdos de

carteles y visto su evolución y lo que sucedió después en los mercados. Como se sabe, los carteles requieren mercados estables, donde la entrada sea difícil por barreras legales, o por barreras naturales económicas. En estos mercados, una vez fue detectado el cartel, algunas veces se generó una concentración entre los miembros del cartel; y donde se tiene el control de concentraciones uno podría precisamente tomar este argumento en consideración, viendo que ya hubo la muestra de que esta concentración podría facilitar acuerdos colusorios, porque en efecto ya ocurrió el acuerdo de colusión.

Para darles un ejemplo, las empresas productoras de cemento Lafarge y Holcim fueron investigadas y sancionadas por 14 acuerdos de colusión a nivel internacional (se coludieron en varios países a través de distintos esquemas), y finalmente se fusionaron y ahora existe LafargeHolcim. Casos así generan la sospecha de que esa concentración podría estar relacionada a la búsqueda de utilizar un poder de mercado significativo, y ejercerlo para incrementar precios. Me parece que es un análisis interesante que debería efectuarse.

En el Perú, hay que enmarcar la discusión sobre el estado de la agenda de promoción de la competencia en el Perú. Volvamos a ver el tema de los carteles internacionales reconocidos como los más nocivos y dañinos. Y de hecho ahora estamos viendo evidencia de que estos temas afectan mayormente a los más pobres, porque la concentración se da sobre grupos homogéneos y sobre productos de la canasta básica de los hogares con menores ingresos, así que esto tiene efectos hasta distributivos, agravando el problema de desigualdad en los países.

Deberíamos volver al foco del mercado y estudiar con precisión qué está afectando actualmente a los mercados en el Perú (los mercados claves y prioritarios para el desarrollo) y luego priorizar la agenda de competencia en función de los obstáculos más gravosos que vemos para su desarrollo. Eso es algo que recomendamos a los países por encima de una discusión teórica o dogmática. Se debe actuar con bastante pragmatismo y analizar la evidencia empírica, y con ello ver qué es lo que precisamente está pasando en los mercados, y utilizar la combinación de todos los instrumentos disponibles para atacar el problema, y algunas veces un instrumento necesario es el de control de concentraciones.

Pregunta: Condiciones para la implementación técnica institucional del control de concentraciones.

1. ¿Cuáles serían las condiciones para una adecuada implementación del control de concentraciones en una economía como la de Perú, considerando los costos que tendría que afrontar la administración pública, los agentes privados y los consumidores? Luego de entrada en vigencia, ¿Cuáles serían los posibles efectos en el mercado? ¿Podría considerarse una ley de control sectorial de mercados específicos, similar a la que existe en el sector eléctrico y más adelante tener un control general?

Dra. Tanja Goodwin:

Me quiero enfocar en enfatizar la importancia de contar con información y data suficiente para la implementación efectiva de un control de fusiones. Nosotros hemos conversado sobre los diferentes tipos de análisis que se tienen que hacer para identificar la probabilidad de que una concentración tenga efectivamente un efecto nocivo en un mercado, que no sea balanceado por posibles eficiencias. Esto requiere bastante información, no solamente de los involucrados en la concentración, sino también datos, información, análisis estadístico y análisis empírico.

Entonces, en primer lugar, se requiere la información. Y creo que el Perú todavía puede desarrollar más estadística y más fuentes de información, sobre todo en mercados que no son regulados; en los mercados regulados ya contamos con bastante información gracias a los reguladores. Acá hay un llamado a reforzar el levantamiento y procesamiento de información acerca de consumidores, padrones de consumos y desarrollo de mercados. En otras jurisdicciones se hacen estudios de mercado de manera regular, y creo que es una fuente bastante importante para tomar decisiones de manera adecuada y eficiente en el tiempo.

Y luego sigue el análisis de toda esta información, y para ello se necesitaría reforzar el grupo económico dentro de INDECOPÍ; ya existen varios especialistas capaces, pero sí faltaría cierto reforzamiento de capacidades para hacer este análisis. Y también hace falta una ampliación de personal, porque si bien la secretaría técnica cuenta con 20-25 personas, en Colombia son 100, en Chile igual, y ni siquiera hablar de otros países. Entonces ciertamente se requiere una ampliación de los recursos.

Dra. Joselyn Olachea:

Debemos tener en cuenta que una concentración es un acto que se hace en el mundo corporativo todos los días. Las empresas que desean fusionarse o adquirir una empresa hacen un *due diligence*, que implica un análisis de una empresa en la parte financiera, económica, laboral propiedad intelectual: marcas y patentes, etc. Si tuviéramos una ley de concentraciones entonces a ese *due diligence* se le tendría que agregar un punto importantísimo: un análisis de la afectación a la competencia. Es decir, se deberá evaluar cómo afecta al mercado y a los consumidores esa concentración. Por supuesto, para no solo dejarlo como un análisis interno sino con la finalidad de presentar ese análisis de competencia a la Comisión de Libre Competencia que evaluara la fusión.

Ahora, debemos recordar que estamos hablando de un umbral bastante alto, no de una concentración de empresas pequeñas. Estamos hablando de fusiones de empresas en nuestro país, por ejemplo en los sectores de pesca, financiero/banca, cementeras, empresas de lácteos, mineras, líneas aéreas, por mencionar algunas.. Esos serían los posibles sectores en los que se podrían concretar fusiones que inicialmente le podrían llamar la atención a la Autoridad de Competencia por el alto nivel de concentración de mercado. Por lo tanto, no estamos hablando de muchos mercados. Si se hace una lista, estoy segura que no pasamos de veinte mercados. Esto podría implicar que siendo pocos se podría hacer un análisis de la composición de dichos mercados para tener información y evitar que cuando se presenten las solicitudes de aprobación de las fusiones se optimice el tiempo de su revisión porque ya se contaría con información previa de la composición de dichos mercado.

El año pasado vi una lista de las 10 fusiones más importantes del país (ver gráfico). Si yo trabajara en el Estado y esas 10 fusiones se hubieran presentado para aprobación, en la actualidad no hubiera podido hacer el análisis de viabilidad de esas fusiones, básicamente, porque se cuenta con un grupo muy pequeño de personas, dedicadas y honestas y sobre todo muy capacitadas profesionales, pero insuficientes para realizar dicha tarea de manera rápida y oportuna. En consecuencia, si se toma la decisión de implementarse el control de fusiones se tiene que hacer la convocatoria necesaria para traer a los profesionales necesarios; son cosas que tienen que hacerse. En el Perú no somos unos neófitos en la competencia. Sin duda hay un costo, pero debemos estar preparados para asumir los retos. Uno debe ver las guías de la OECD, de la UNCTAD y el Banco Mundial y se aprende lo que se requiere. Hoy en día negarse a hacer las cosas porque no se tiene la capacidad es negarse a la responsabilidad que se tiene.

Top 10 deals del 2016 en el Perú

En millones de US\$

Activo	Vendedor	Adquiriente	Valor
Línea Amarilla	Invepar	Vinci (Francia)	1640
Duke Energy Latin America	Duke Energy Corp	I Square Capital (EEUU)	1200
Soigas	Repsol	Abastecedora de combustible	264
Falabella Perú	-	Grupo Falabella Chile*	173
Compañía Minera Milpo	-	Votorantim Metais Cajamarquilla**	172
Enel Generación Perú (líneas de transmisión)	Enel	Conelsur	65
Corporación Undley	-	Arca Continental	60
Enel Generación Perú (Estación Chinango)	Enel	Conelsur	60
Marcobre (Mina Justa)	KLS Energy	Minsur	60
Aguas de Bayóvar	-	AquaVentura Holdings	46

*Recupera de acciones a terceros locales

**Incrementó su participación accionaria de 60% a 80%

SEMANAeconómica.com

Deloitte

Con relación al tema sectorial, Particularmente he trabajado en OSIPTEL, y le tengo mucha estima a la institución y a la capacidad de sus funcionarios, pero yo sí creo que la política de competencia debe ser única. En nuestro país ello no es así. Saludo el esfuerzo de OSIPTEL por apreciar problemas de competencia en el mercado de telecomunicaciones y tener una rápida respuesta regulatoria para resolverlos pero a veces podría estar pisando el terreno de la sobrerregulación.

Entonces, no creo que una ley de control de concentraciones deba ser una ley sectorial. Esto implicaría que cada organismo regulador evalué si en un mercado determinado deben o no concentrarse las empresas y se duplicarían esfuerzos de los organismos públicos, lo cual resulta innecesario.

Esa tarea es de una agencia de una competencia. En mercados regulados se deberá solicitar informes y opiniones a los organismos reguladores sectoriales pero la decisión de la aprobación de la fusión deberá quedar a cargo de la Autoridad de Competencia.

Dr. Gonzalo Ruiz:

Quisiera concentrarme en el tema institucional, porque el tema de la organización encargada de aplicar las normas de control de concentraciones es un tema no menor. De hecho, creo que cualquier propuesta que plantee el control de concentraciones debería establecer mecanismos que fortalezcan la institución que va a estar a cargo de implementar estas decisiones, que van a ser definitivamente complejas.

Quería mencionarles un par de ejemplos de la región:

El primero está referido a un caso del año 2001, donde un hubo operación de control de concentraciones en Colombia. Había una solicitud de concentración de las empresas Avianca y la empresa Aces, las dos empresas más grandes de Colombia de aviación. El Presidente de la Superintendencia de Industria de Comercio de ese país se pronunció en contra de la operación de concentración y al día siguiente lo destituyeron.

El segundo caso se refiere a una operación bastante similar ocurrida en Chile. La operación ocurrió entre las dos únicas empresas que existían en el mercado de transporte aéreo: LAN Chile y Ladeco (hoy la conocemos como LATAM, producto de una fusión posterior). Con una decisión bastante curiosa, la Fiscalía Nacional Económica (organismo a cargo del control de concentraciones en Chile) autorizó finalmente la operación, aunque el criterio utilizado basado en la Teoría de los Mercados Contestables, fue algo cuestionable.

Lo cierto es que, si vamos a tener a una entidad encargada de adoptar medidas de este calibre e importancia sobre la economía y el interés público, sí tenemos que dotarla de los medios para poder aplicarla. Una institución con 20 analistas no creo que sea suficiente, pero tampoco creo que sea suficiente una institución que tenga mecanismos de designación directa de sus funcionarios por parte del gobierno de turno, a menos que exista un blindaje en su designación. No sé cuáles serían los mecanismos más idóneos para designar a esos funcionarios (podrían ser designados por comisiones del Congreso o por concurso público), pero sí debemos darles el blindaje y la autonomía necesaria para tomar decisiones que no necesariamente van a ser bienvenidas por los agentes privados, e incluso muchos veces no van a ser bienvenidas por el propio Gobierno, a quien muchas veces le interesa promover a sus *campeones nacionales*.

Entonces, es importante fortalecer la autonomía. Dicho sea de paso la OECD, en su reporte tiene un capítulo sobre los organismos reguladores, donde recomienda dotarlos de una mayor autonomía. Además señala que los organismos reguladores tienen una excesiva dependencia del Poder Ejecutivo en términos de aprobación de presupuestos, de aprobación de medidas de capacitación, de aprobación de salarios. Hay formas muy sutiles de reducir la autonomía o debilitar a los organismos que tienen decisiones importantes, como las referidas a políticas de competencia.

Yo no creo que la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI tenga hoy en día la capacidad para ingresar a mercados en donde se requiere de un aprendizaje mucho mayor; de repente más adelante podrían tenerla. Pero hoy en día se tiene una curva de aprendizaje bastante desarrollada en el OSIPTEL, que permitiría aprovechar ese know-how para tener un mecanismo específico para el sector. Hay que ser prácticos y aprovechar el capital humano que existe en el sector público, que no es mucho. No creo que sea simplemente leer un manual de la OECD, sino que se requiere la experiencia para tomar decisiones que no perjudiquen ni afecten el mercado.

Dra. Tania Zúñiga:

Coincido con lo referido a la importancia de tener una autoridad de competencia que tenga autonomía, esto es fundamental, y también lo señalado sobre la necesidad de tener experiencia en el tema. No es fácil desarrollar capacidades y este es un ámbito de especialización.

Menciono esto porque se ha señalado públicamente que existe una preocupación sobre el hecho de que no se tiene la capacidad y conocimiento para ejercer un control de concentraciones y por tanto no se puede introducir el control de concentraciones debido a este riesgo. Considero que ese no es un argumento técnicamente válido porque, primero, ya se ha venido aplicando el control en el sector eléctrico, segundo, la autoridad de competencia tiene experiencia en cuanto a conductas anticompetitivas, cuestiones que no impiden que se fortalezcan las capacidades al interior de la autoridad de competencia. Hay que hacerlo.

En el caso particular del mercado de telecomunicaciones, OSIPTEL dado su mandato sobre este sector focalizado, posee un conocimiento sobre este mercado, sin lugar a dudas. Precisamente, en este aspecto me gustaría hacer un comentario. El Decreto Legislativo 1034 (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), tanto en su artículo 17° como en la Primera Disposición Complementaria y Final, señala que el OSIPTEL tiene junto a INDECOPI una competencia primaria en el mercado de telecomunicaciones. Evidentemente, ahí hay una evaluación de tipo institucional que hay que hacer al momento en que se diseñe el control ex ante, debiéndose tomar en cuenta esta importante contribución del OSIPTEL.

Y en este sentido, considero que para la aplicación del control de concentraciones, la autoridad debe ser única, lo cual llevaría al INDECOPI a asumir esta función, y el OSIPTEL podría en todo caso emitir un dictamen no vinculante como regulador en telecomunicaciones, lo mismo podría considerarse en otros sectores regulados, dada la información que poseen.

El control por otro lado, debe ser de aplicación general, para todos los sectores de la economía.

En materia de recursos, he escuchado en más de una oportunidad la preocupación por el presupuesto que debería ser asignado al INDECOPI para la implementación del control de concentraciones. Que sea costosa o no su implementación, tampoco veo que sea un argumento válido para rechazar el control, que sean cinco millones de soles como se ha señalado públicamente o que sean más. Sí comparto la opinión sobre la consideración en el presupuesto público de una asignación a fin de poder implementar debidamente el control ex ante. Lo importante es que se tome la decisión, y tener en cuenta los mecanismos que tiene la propia autoridad de competencia para asumir este rol en la economía, dado que el mandato constitucional ya está dado. Creo que debemos dejar la discusión del 'sí' y el 'no', y entrar ya en discusión sobre el diseño técnico-normativo del instrumento de evaluación, y el diseño institucional del INDECOPI para su adecuada implementación.

Dr. Juan Luis Crucelegui:

En primer lugar, lo más importante es la ley. Es la ley la que va definir el aspecto tanto técnico como institucional, así como la capacidad de la institución de afrontar este reto que es el control de concentraciones. Por lo tanto, es importante que la ley defina qué tipo de operaciones se van a controlar, a partir de qué cuantía (los umbrales son fundamentales). Estos dos aspectos son importantes para definir el ámbito de aplicación.

Desde el punto de vista sectorial también se puede pensar en un recorte, estableciendo que ciertos sectores queden dentro del ámbito de aplicación y otros no, pero recomendamos que sean todos los sectores de la actividad económica los que entren en el ámbito de aplicación.

Y luego está la parte referida a la parte sectorial regulada, referida a los reguladores que existan en el mercado. En este tema los reguladores deben tener un papel que jugar, no quizás en el ámbito de la decisión, pero sí en el ámbito de la cooperación. En algunos países lo que se hace es obligar a la autoridad de competencia a solicitar un informe al regulador, a efectos de tener ese conocimiento específico del sector que el regulador tiene mucho más desarrollado, y que servirá como un elemento más de juicio para motivar una decisión, ya sea de aprobación o denegación de la operación de concentración.

Luego, con lo que respecta al procedimiento, este no debe frenar las operaciones de concentración, lo cual exige que tenga cierta celeridad; las operaciones de concentración deberían aprobarse en un plazo máximo de tres meses en los casos más complicados, y en un plazo mucho menor en operaciones más sencillas.

Además, el procedimiento debe tener dos características. Lo primero es que debe ser transparente, en el sentido de que las empresas tienen que saber a qué se enfrentan cuando van a notificar una operación de concentración. La autoridad tiene que ser transparente y dar lineamientos claros sobre la información que tienen que dar las empresas. También es importante la transparencia respecto a terceros, es decir las empresas afectadas por un control de concentración tienen que tener derecho a pronunciarse e intervenir en el proceso.

Otro aspecto a destacar es la flexibilidad. En el sentido de que tanto las empresas como la autoridad deben tener flexibilidad en la negociación de las condiciones en el caso de que estas sean exigidas, para que la operación se lleve a cabo con más celeridad. Estos son aspectos que tienen que estar presentes en el texto legislativo.

Finalmente, con lo que respecta al ámbito institucional, creo que en el caso del Perú la autoridad de competencia tiene cierta madurez y que ha demostrado actuar siempre con independencia, y eso es algo que se puede aprovechar y que va a facilitar la adaptación del personal de INDECOPI a poder entrar en este tipo de análisis. Por ejemplo, en el caso de nuevas agencias de competencia que comienzan su actividad en el ámbito de control anti-trust y también quieren iniciar en el ámbito de concentraciones, lo que sugerimos desde Naciones Unidas es que haya un periodo transitorio en el que se comience trabajando en el ámbito de las conductas, para luego recién entrar en el ámbito de las estructuras, porque se requiere cierta cultura de la competencia, para poder entrar al ámbito de las estructuras que es algo más complicado.