



Mesa redonda con Luis Diez Canseco Nuñez^(*),
Alejandro Falla Jara^(**), Eduardo Quintana Sánchez^(***)
y José Távora Martín^(****)

Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú^(*****)

Un proyecto de ley, recientemente aprobado por la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso, ha traído nuevamente a la tribuna nacional el debate sobre la conveniencia de adoptar un sistema obligatorio de control previo de concentraciones empresariales en manos del INDECOPI. El Perú es uno de los pocos países en el mundo que no cuenta con esta regulación, a pesar de los ya más de 20 años de aplicación de políticas de competencia y de normas de libre competencia (Decreto Legislativo 701 y Decreto Legislativo 1034), con la excepción de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (Ley 26876) que sí la contempla para las empresas de dicho sector. Durante ese lapso se han dejado sentadas distintas posturas y opiniones, unas más moderadas que otras, y se han elaborado algunos proyectos normativos que no han llegado a mayores resultados.

En esta oportunidad, la discusión está a punto de aterrizar en el Pleno del Congreso. Por tal motivo, IUS ET VERITAS reunió a los 4 mejores especialistas sobre la materia, para, desde el Derecho y la ciencia económica, traer las diversas posturas a debate y aportar, quizás solo un poco, a un mejor resultado para el país, que es lo que finalmente todos buscamos. ¿Le conviene al Perú adoptar dicho sistema? Le invitamos a buscar una respuesta en las páginas que siguen.

-
- (*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho (MCL) por George Washington University Law School. Becario Fullbright. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Interamerican Bar Asociación. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.
- (**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Regulación por The London School of Economics and Political Science. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Bullard Falla Ezcurra + Abogados.
- (***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Regulación por The London School of Economics and Political Science. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.
- (****) Ingeniero industrial y de sistemas por la Universidad Nacional de Ingeniería. Magíster en Economía por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ph.D. en Economía por University of Massachusetts. Profesor Principal y Director Académico de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (*****) Mesa redonda preparada y realizada por Ximena Calderón Rojas, Bruno Doig Gonzales Otoy y Carlos Rios Pizarro, alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembros de la Comisión de Publicaciones de IUS ET VERITAS. La Asociación agradece profundamente a los doctores Luis Diez Canseco Nuñez, Alejandro Falla Jara, Eduardo Quintana Sánchez y José Távora Martín por la especial atención y el buen humor para responder nuestras preguntas y debatir. Asimismo, agradecemos especialmente al doctor Diez Canseco y al estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados por cedernos generosamente sus instalaciones para realizar la grabación.

1. ¿Cuáles son los efectos positivos y negativos que genera una operación de concentración empresarial en un mercado competitivo, dependiendo de la clase de concentración que se lleve a cabo? ¿Son suficientes las normas de defensa de la libre competencia para combatir conductas anticompetitivas en el mercado, y por tanto, evitar los eventuales efectos negativos de estas concentraciones? ¿Existen mecanismos alternativos al control de concentraciones para evitar tales perjuicios y que sean menos gravosos?

José Távora Martín: Voy a responder estas preguntas destacando primero los aspectos teóricos y conceptuales, para luego exponer los resultados de los estudios empíricos que se han realizado al respecto. Los efectos positivos y negativos, están perfectamente documentados en la literatura sobre oligopolios, monopolios, sobre fusiones y concentraciones. Hay efectos negativos que las concentraciones provocan, en términos de eficiencia en la asignación de recursos y también en términos de eficiencia productiva. Lo fundamental es preguntarnos si la concentración reduce o no la competencia y, por tanto, los incentivos a ser más eficientes. Si esto ocurre, todos los modelos estándar de la teoría económica encuentran que los precios tienden a elevarse, con un impacto negativo en la eficiencia en la asignación, y que los costos pueden también elevarse, como resultado de la menor eficiencia en la producción. Estos son los principales efectos documentados por la teoría del monopolio. Y por cierto los modelos de oligopolios también encuentran una relación positiva entre los índices de concentración, por un lado, y los precios y las ganancias por el otro. Los modelos dinámicos de la teoría de los juegos también demuestran que las posibilidades de colusión tácita aumentan con el grado de concentración. Por último, desde la teoría de la acción colectiva se demuestra que la colusión explícita tiene mayores posibilidades de ser exitosa cuanto menor es el número de empresas. En síntesis, la literatura sobre el tema concluye que la concentración puede tener efectos negativos en los consumidores y en el bienestar de la sociedad, sobre todo en el caso de la monopolización

de los mercados o de oligopolios muy concentrados.

De otro lado, cabe precisar que en algunos casos pueden presentarse también efectos positivos generados por eficiencias productivas, que resultan de las sinergias generadas por fusiones de empresas, con la consiguiente integración de activos y reorganización de procesos. Sin embargo, no es posible determinar a priori si estas sinergias son significativas y si contrarrestan, o no, los efectos negativos. Este es un tema empírico que hay que documentar caso por caso. Hay economías de escala que tienen diversos orígenes y, en algunos casos excepcionales, pueden ser tan importantes como para contrarrestar los efectos negativos. Sin embargo, el tema de fondo es que mientras no tengamos una ley de control de fusiones, simplemente estamos renunciando a investigar cuál es la magnitud de los efectos positivos y los efectos negativos. Los que se oponen a controlar las fusiones nos dicen que es muy peligroso tratar de averiguarlo, y en la práctica nos piden que renunciemos a razonar. Estamos aplicando tácitamente una regla *per se* en negativo. Asumimos tácitamente que todas las fusiones son positivas, que generan sinergias y eficiencias, cuando en realidad esta conclusión solo puede ser el resultado de un razonamiento caso por caso. Casi todos los países del mundo que tienen políticas de competencia, controlan las concentraciones aplicando precisamente la regla de la razón, y examinan caso por caso. Se trata, por cierto, de un control que se aplica a fusiones entre empresas muy grandes, claro está, no estamos hablando de fusiones entre bodegas de barrio, sino de aquellas que exceden ciertos umbrales, por ejemplo como lo establece el proyecto de ley, de 100 000 UIT.

Luis Diez Canseco Nuñez: Quiero agregar a lo expresado por el doctor Távora lo siguiente. Existen infinidad de argumentos a favor y en



Mesa redonda con Luis Diez Canseco Nuñez, Alejandro Falla Jara, Eduardo Quintana Sánchez y José Távora Martín

contra, y muy buenos por cierto; absolutamente positivos, en el sentido de valoración y análisis de cada caso. Se ha dicho a favor que esto va a generar mayores eficiencias, que va a producir un mercado mucho más competitivo. Se ha argumentado, a mí me parece algo tonto, que el resto de países ya lo tienen. Otro argumento es que está en la base del Derecho de la competencia. Históricamente la *Sherman Act* norteamericana surge como consecuencia justamente de concentraciones económicas que se venían dando por causa de cárteles. Entonces, se promulga dicha ley, pero se dieron cuenta, pocos años después de la aplicación, que había un mecanismo que le daba la vuelta a la ley, que era, justamente, fusionarse. Es así que aparece la *Clayton Act* unos años después, hace ya casi un siglo. Se arguye también que ayuda a evitar el control de precios, que, por lo menos, ayuda mucho a evitar esta tentación en países desarrollados. Ocurre que, muchísimas veces, las concentraciones pueden generar subidas de precios, es una posibilidad. Como ya no hay competidor, la empresa puede poner el precio que quiera. Luego empiezan a aparecer un conjunto de demagogos que señalan “bueno, ahora hay que controlar los precios porque están muy altos”. El ejemplo de las AFP, es uno clásico. Imagínense que todas las AFP se fusionaran. Eventualmente, la única manera de promover un mercado o precios adecuados en las AFP, que ya de por sí son altos en el Perú, sería controlando los precios. Si evitas las concentraciones, vas a generar competencia y, por lo tanto, los precios en teoría van a disminuir, va a haber más innovación, tecnología, etcétera.

Por otro lado, hay argumentos muy convincentes que señalan esto es un acto de adivinación. Alex (Alejandro Falla) lo va a desarrollar muy bien. ¿Quién es el Estado para decir si esto es mal o esto es bueno? ¿Qué va a pasar en el mercado peruano? Muchas veces va las fusiones terminarán siendo positivas. El mercado cambia. Otro argumento que se maneja es que se generarían muchísimos costos para el Estado y para el administrado. Y, finalmente, mercado podría generar señales equivocadas a los inversionistas, porque estos ingresarían con un tipo de barreras. Es mejor para el Perú, que es un país pequeño, que no tenga ningún tipo de barreras, que dé señales muy claras de que uno puede venir a hacer lo que quiera, que hay libertades; por lo tanto, este tipo de normas son una señal equivocada.

Entonces, finalmente, nos encontramos, en mi opinión, con dos conceptos que son muy sencillos. Un acto de adivinación,

por un lado, y por el otro, para mí, un extintor. Qué es lo que debemos hacer. ¿Tenemos que adivinar el futuro o debemos tener un extintor guardado en caso haya un incendio en el mercado? Realmente la ley de fusiones y concentraciones es ese gran extintor, que no se necesitará todos los días, probablemente terminando aprobadas muchas de las fusiones. Pero, cuando haya algún problema, el extintor va a evitar que se incendie la casa.

Alejandro Falla Jara: Voy a comenzar con los efectos positivos o negativos de las concentraciones, que es la primera pregunta a la cual se ha referido Pepe (José Távora). Creo que él destaca más los efectos negativos, pero creo que también es importante destacar que las concentraciones tienen importantes efectos positivos. Yo diría que como regla general tienen efectos positivos. De hecho, eso es lo que lleva a las empresas a tomar la decisión de concentrarse, no son locos ni aventureros. Hay algo positivo que las conduce a este tipo de operaciones. Y de pronto puede que tengan más efectos positivos en economías que tienen problemas de baja productividad. Las fusiones ayudan precisamente a resolverlos y hay que ver los indicadores de productividad que tiene el Perú en comparación con otros países de la región. Pero bueno, en términos de efectos negativos, sí, de pronto hay mucha literatura que señala que tiene efectos también negativos o que podría tenerlos bajo ciertas circunstancias. No quiero discutir el punto, porque creo que la discusión no es esa, si las concentraciones tienen efectos negativos, si son malas, si son terribles; la pregunta es si el instrumento que se llama control de concentraciones sirve para atender a esos efectos negativos. La pregunta es si ese instrumento es lo suficientemente asertivo para lograr el objetivo deseado. La pregunta relevante es si no existen otros instrumentos o mecanismos para atender a esos efectos negativos.

Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú

Desde mi punto de vista, ese es el problema del control de las concentraciones. No es una discusión sobre los efectos negativos de las concentraciones, es una discusión acerca de un instrumento que, desde mi punto de vista, es muy costoso. Yo no diría que es un extintor en una esquina de la sala, o una bazuca, como mencionaba en una presentación anterior Elmer Cuba; sino que es como un escáner, en el cual fuerzas a pasar a cierta cantidad de gente (en este caso de empresas) que tienen que hacer su *colita* y esperar a pasar por él. La pregunta es cuánto cuesta ese escáner y si se justifica hacer pasar a toda esta gente por él. Yo proponía el ejemplo del control que hacen del ingreso en el aeropuerto, donde todos los carros son detenidos por policías. Estos piden los documentos y verifican que todo esté en regla. Todos pagan los costos de esa supervisión, incluso aquellos que tienen todos los papeles en regla son demorados por la cola. Siempre me pregunté: de pronto el mismo resultado se lograría si ese control no se hace a la entrada del aeropuerto, sino a la salida y bajo una dinámica diferente; de pronto se lograría mejores resultados sin someter a todos a dicho control de carácter *ex ante*. El problema es que se basa, ya lo ha señalada Lucho (Luis Diez Canseco), en un acto de adivinación. Se trata de un grupo de personas a los que se atribuye la facultad de adivinar el futuro y en, función de dicho acto, deciden si aprueban o no la operación. Esto, en sí mismo, es muy riesgoso y muy costoso. Resumo la pregunta así, es un problema no con los efectos buenos o malos de la concentración, sino con la efectividad del mecanismo.

Eduardo Quintana Sánchez: Coincido bastante con lo último que se ha planteado. Considero que las concentraciones empresariales tienen efectos mayormente positivos y excepcionalmente tienen efectos negativos. El tema sobre los efectos negativos es dónde y cuándo se producen, porque también se trata de un tema de ubicación y de temporalidad. Los que son efectos negativos en determinadas economías pueden no serlo en otras. Solo por plantear un ejemplo, pensemos en la idea de los campeones nacionales. En determinadas economías puede ser más eficiente la concentración y la creación de empresas robustas y grandes para competir en mercados globales, frente a otras economías donde ese tipo de concentración ya no es necesaria. En el Perú podría ser un ejemplo aplicable, es decir admitir la concentración para que se creen empresas más fuertes, más capaces de competir a mayor escala. Entonces, bajo esta perspectiva, lo que parece negativo puede no serlo.

En cuanto a la idea del extintor o del acto de adivinación, yo me inclino más a la idea del control de concentraciones como un acto de adivinación. Hace años lo planteé y persisto en eso; pese a las opiniones que lo asemejan a la idea del extintor o del servicio de bomberos. El extintor busca controlar los efectos nocivos de incendios o situaciones riesgosas de incendio. Sin lugar a dudas un incendio puede provocar daños materiales graves y, además, nadie en su sano juicio pondría en duda que un incendio puede acabar dañando la integridad humana o quitando la vida a personas. Por ello, cualquier instrumento, legal o de otra naturaleza, se justifica y supera un análisis costo-beneficio. Pero el control de concentraciones no protege bienes jurídicos como la vida humana. Pretender comparar la protección de la vida humana con la protección de la competencia que se busca a través del control de concentraciones es un salto de garrocha bien grande para justificar este mecanismo sin someterlo a un riguroso análisis costo-beneficio, en mi opinión. Por ello, vuelvo a mi idea inicial, es un instrumento inadecuado porque se basa en una lógica prospectiva, que trata de entender cómo se desenvolvería el mercado si se aprueba la concentración y en función de esa proyección del futuro se toma una decisión. Después vamos a tener oportunidad de ver qué pasa en la realidad con ese intento de proyección sobre el desempeño del mercado, e identificar cuántas veces la autoridad de competencia logra ser acertada en lo que cree que pasará con el mercado.

José Távara Martín: Hice referencia a los aspectos más conceptuales, no hice referencia a los estudios empíricos, que ahora paso a comentar. Pero antes debo decir que una de las preguntas relevantes sobre los efectos positivos, es ¿para quién?. Y aquí es importante la perspectiva en la cual uno se coloca. Las empresas no maximizan la eficiencia, las empresas maximizan ganancias. Y el aumento



Mesa redonda con Luis Diez Canseco Nuñez, Alejandro Falla Jara, Eduardo Quintana Sánchez y José Távara Martín

de las ganancias podría ser el resultado de mayores precios y no de mayores eficiencias. Entonces, efectos positivos claro, pero para quién, y a qué costo. Yo me sitúo desde el punto de vista del economista que cree que la función central del Estado es maximizar el bienestar de la sociedad, aumentar el excedente, más riqueza para todos.

Me sitúo entonces desde una perspectiva plenamente ortodoxa. Decimos que cuando deciden una fusión, los empresarios no son ni locos ni aventureros, y esperan aumentar sus ganancias. ¿Pero cual es la evidencia empírica disponible? Bueno, debo decir que un estudio que revisa la literatura empírica sobre fusiones en los países industrialmente avanzados, encuentra que los efectos negativos son más fuertes que los efectos positivos. Schenk sostiene que “(...) el resultado más común en los estudios sobre la performance de las fusiones es que la rentabilidad y la productividad, medidas de diversas formas, no mejoran como resultado de las fusiones.”⁽¹⁾ El autor también encuentra que los accionistas de las empresas adquiridas generalmente se benefician de las fusiones, mientras que los accionistas de las empresas adquirentes pierden.

En esta revisión de la literatura se presentan estudios (no sé si llamarlos “forenses”) que evalúan los resultados posteriores a las fusiones, y presentan evidencia empírica sobre la presunción que acaba de mencionar Alex, acerca de que las empresas deciden fusionarse para ser más eficientes. La evidencia concluye que, en muchos casos, el resultado es contrario al esperado. El acto de adivinación, al que se refieren Lucho y Alex, no solamente ocurre en el Estado cuando controla las fusiones. Las empresas también adivinan y, de acuerdo a la fuente que acabo de referir, tampoco tienen el don de la clarividencia. Vivimos en un mundo de imperfecciones. Varios Premios Nobel en economía otorgados durante los últimos años, han reconocido justamente a teóricos de la información asimétrica e imperfecta, muy propia del mundo complejo e incierto en el que vivimos, quienes han estudiado cómo razonan interactúan los agentes económicos bajo estas condiciones.

El hecho de que el análisis de las fusiones sea complejo y difícil, no justifica que nos abstengamos de razonar. Y dado que tenemos en esta mesa a ilustres colegas de la Universidad Católica, quiero compartir la siguiente reflexión. Como sabemos, la especialidad de ciencias políticas se encuentra en la Facultad de Ciencias Sociales, aunque pudo desarrollarse también junto a derecho, como ocurre en otras universidades. Me apena por los abogados, y lo digo porque me sorprende mucho que, en su gran mayoría, no tengan suficiente sensibilidad para percibir y entender un argumento fundamental en favor del control de las concentraciones empresariales, el cual por cierto se encuentra muy bien documentado en los anales del debate que tuvo lugar en el senado norteamericano, cuando se promulgó la Ley Sherman en 1890.

En efecto, interpretando el sentimiento de sus colegas, el senador Sherman consideraba que la legislación antimonopolios permitiría frenar y reducir los riesgos de corrupción, afirmando la libertad del pensamiento independiente en la vida política, una piedra angular de los sistemas democráticos⁽²⁾. Como observa Kay, “existía un temor bien fundado de que los mega ricos – los Rockefellers, los Carnegies, los Vanderbilts – utilizarían su riqueza para elevar su influencia política y así aumentar aún más su poder económico, subvirtiendo tanto la economía de mercado como el proceso democrático. La legislación antitrust emerge como resultado de estos temores”⁽³⁾. Puesto en otros términos, la legislación antitrust se sustenta no solo en las consecuencias negativas que la monopolización tiene en la

⁽¹⁾ SCHENK, Hans. *Mergers and concentration policy*. En: BIANCHI, Patricio y Sandrine LABORY (editores). *International Handbook on Industrial Policy*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2006; p. 154.

⁽²⁾ THORELLI, Hans. *The Federal Antitrust Policy: origination of an American tradition(1955)*. En: GAVIL, A. *An Antitrust Anthology*. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1996.

⁽³⁾ KAY, John. *The Rationale of the Market Economy: A European perspective. Capitalism and Society*. Volumen 4, 2009; p. 3.

Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú

libertad de empresa y en el bienestar de los consumidores. También se sustenta en la percepción de que una democracia auténtica, requiere de cierto grado de igualdad en la capacidad de influir en el proceso político. Cuando el poder económico se concentra excesivamente la democracia se pervierte, y las políticas empiezan a responder a las presiones de los grupos de poder.

Uno de los argumentos de peso para aprobar la ley de control de fusiones es entonces la defensa de la democracia. Así de simple. Los senadores de Estados Unidos lo entendieron muy bien, y por ello aprobaron la legislación antitrust.⁽⁴⁾ Pero al parecer nuestras élites intelectuales no lo entienden. Imagínense ustedes lo que podría ocurrir con una ola de fusiones en el Perú, por ejemplo si grandes empresas de telecomunicaciones, hidrocarburos, las asociaciones privadas de fondos de pensiones (AFP) o las cadenas de venta minorista deciden fusionarse y formar monopolios. Creo que deberíamos promover una reforma para que los estudiantes de Derecho lleven más cursos de Ciencias Políticas, para que entiendan la relación que existe entre el funcionamiento de la democracia y la concentración del poder económico.

Lo último que quiero decir es que aquellos quienes se oponen por principio al control de todo tipo de fusiones, sostienen lo que técnicamente podríamos calificar como un argumento extremista. Al respecto es posible identificar dos propuestas extremas, una de ellas es que debe controlarse todo tipo de fusiones entre empresas, incluso hasta las fusiones de bodegas de barrio, como en el estatismo más radical. La otra propuesta extrema es que no hay que controlar ninguna fusión, aún si genera la monopolización de todo el mercado de un bien que no tiene sustitutos cercanos. Es evidente que entre estos dos extremos hay mucho espacio para una regulación y un control racional, como el que practican casi todos los países del mundo. Cómo establecemos el umbral, cómo fortalecemos el Estado, cómo regulamos, esa es la discusión. Yo creo que el Perú es un caso raro y atípico, donde una posición extremista ha bloqueado con éxito, hasta hoy, los diversos proyectos de ley de control de fusiones y concentraciones, por cuestiones ideológicas o de principio. Esta posición extremista es muy

débil, y difícilmente puede sostenerse con argumentos racionales.

Luis Diez Canseco Nuñez: En mi opinión falta algo. El Derecho de la libre competencia es un trípode y tenemos en este momento dos pilares. Nos falta el tercero, que es el control de fusiones y concentraciones. Los tres, a la larga, se orientan a lo mismo, acuerdos *ex post*, conductas que afectan al mercado, posiciones de dominio que afectan el mercado, ¿y las fusiones qué son? Son acuerdos que generan posiciones de dominio. No lo digo yo, lo dicen distinguidos analistas que afirman que justamente el tercer componente del panorama. Entonces, a mí sí me parece que las normas que tenemos actualmente no son suficientes, nos faltaría el control *ex ante* de estructuras que, como bien dice Pepe, no es un todo; porque sería un absurdo, sumamente costoso y ridículo que todas las fusiones fueran objeto de un control. Estamos hablando de aquellas que pasen un umbral de tipo objetivo, que es lo que ha hecho el proyecto de ley. 100 mil UIT (S/. 365 millones) para una o 10 mil UIT (S/. 36.5 millones) para la otra. Es un número bastante alto que dice que hay una cantidad de empresas que son las que tienen grandes ventas, que tienen importante influencia en el mercado, que tienen efectos tributarios, etcétera, a las que vamos a analizar.

Y hay un tema, fíjense ustedes, esto es algo que creo importante. Va a ayudar, de alguna manera, a monitorear mercados. Uno de los grandes problemas que tenemos con los controles *ex post* actuales es que hay muy pocas acciones por temas de cártel y casi nadie hace cártels. Hay que ser retrasado mental para hacerlos hoy en día. Los temas de abuso de posición dominante básicamente

⁽⁴⁾ Durante los debates en 1890, Sherman sostenía que “si no nos sometemos a un emperador, no deberíamos someternos tampoco a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar el precio de cualquier mercancía.” Citado en GAVIL, A. *Op. cit.*; p. 40.



Mesa redonda con Luis Diez Canseco Nuñez, Alejandro Falla Jara, Eduardo Quintana Sánchez y José Távora Martín

se circunscriben a exclusividad, esto es, a nivel internacional, ventas atadas y otras. Para estos casos es muy difícil conocer qué pasa con los mercados. Creo que esta ley ayuda a que el mercado peruano sea conocido. Que sepamos qué es lo que está pasando, qué tipo de movimientos hay. Puede ser un mecanismo indirecto para disciplinar cierto tipo de comportamientos que eventualmente pueden dar señales equivocadas, en mi opinión, a los inversionistas. Pero, en fin, este es mi particular punto de vista.

Alejandro Falla Jara: Algunos comentarios, antes de ir a las preguntas que faltaban. Lo que dice Pepe es muy interesante, porque va al punto. En ese estudio probablemente, yo no lo he revisado, y según lo que comenta Pepe, la evidencia es que las fusiones no funcionan y es muy interesante. De hecho, yo tengo varias referencias de fusiones que fracasan, empresas que se fusionan creyendo que su operación va a ser exitosa, pero que resulta después en un fracaso. Y es interesante el punto, porque acredita que ni siquiera los que están dentro de la operación tienen capacidad de predecir qué es lo que va a pasar. Entonces, si ni siquiera los que están directamente involucrados son capaces de saber si va a funcionar o no, menos lo será un tercero o alguien ajeno, un INDECOPI o un funcionario con las más buenas intenciones del mundo. Ni con los mejores instrumentos del mundo va a ser capaz de determinar qué es lo que va a pasar con el mercado en los siguientes 5 años. El estudio de Pepe precisamente apuntala el argumento de los problemas que tiene un análisis predictivo, o mecanismo de adivinación, que sustenta el mecanismo de control de fusiones.

El segundo argumento de Pepe me parece muy potente; pero, a su vez, un poco desnuda la base que está detrás del control de fusiones y de quienes lo empujan. Pepe hacía mención de lo que fue el argumento de la Sherman Act, de lo que fue el motivo político que la justificó. Y Pepe mencionaba que no hay que olvidar que se trata de un instrumento para defender la democracia frente a las grandes empresas, pues su existencia puede pervertir y perjudicar el desarrollo de la democracia en el país. Bueno, el punto es cuál es el instrumento para defender la democracia: el control de fusiones. Ese es el problema con el control de concentraciones, termina siendo un instrumento de control político sobre las actividades empresariales. Y eso no solo en teoría. Hay gente que sí lee la Sherman Act y sí cree en defender la democracia a través de estos instrumentos. Si uno hace una revisión de lo que sucede con los hechos en

la práctica, en aquella centena de países que sí tienen este régimen de control de fusiones y concentraciones, se irá encontrando muestras de cómo el instrumento una y otra vez ha sido utilizado no como un instrumento para proteger la competencia, sino para controlar políticamente a las empresas. Hay muchas decisiones muy comentadas de la Comunidad Europea, de los americanos, de los colombianos, de los argentinos, de los venezolanos, vayan a Venezuela y averigüen qué pasa con el control de concentraciones en ese país, o a Ecuador y pregunten qué está pasando con ese mecanismo. Ese es en esencia el problema. Es un instrumento que puede ser mal utilizado como control puramente político de las empresas.

Ahora, la pregunta que ustedes hacían y comentaba Lucho es si estos efectos negativos pueden ser controlados con el simple control de conductas. Desde mi punto de vista, la respuesta a eso es que no, el control de conductas no me parece el instrumento suficiente para atender a todos los problemas de competencia que pudieran existir en los mercados. Ahora, la *patita* que falta, más allá del propio control de conductas que tenemos nosotros y de la aplicación que podría estar haciendo INDECOPI en los últimos años y que tiene varios huecos, creo que no es el control de concentraciones como dice Lucho. Desde mi punto de vista, son más instrumentos para controlar al Estado en sus diferentes participaciones o injerencias en la dinámica de los mercados. A mí me parece muy interesante que se haya puesto en debate una norma importante como esta del control de concentraciones y nadie haya dicho nada de las ayudas estatales, que es un régimen muy común en Europa, que lo tienen otros países de la región; pero nadie ha dicho que haya que controlar la actividad del Estado que se ha vuelto muy intensa en los últimos años en el país y que puede estar distorsionando la competencia. A mí me parece mucho más

Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú

nociva y me aventuro a decir con mucho mayor certeza que la actividad del Estado va a ser más nociva a la competencia que una concentración empresarial. Hay mucho cofinanciamiento, por ejemplo; el Estado está metiendo mucho dinero en actividades que son administradas por privados. Pero resulta que en esos casos la agencia de competencia ni siquiera es consultada, no participa, esa actividad no es auditada por parte del Estado. El tema de barreras burocráticas es algo que obviamente debiera ser fortalecido. Yo diría que sí, que son necesarios más instrumentos, pero no precisamente el control de concentraciones es uno de ellos.

Eduardo Quintana Sánchez: Quiero tratar dos temas principales. El primero que me pareció relevante es la opinión que señala que los abogados no tenemos la percepción sobre la defensa de la democracia que sustenta el control de concentraciones. Si bien puede plantearse distintos objetivos para las normas de competencia, la tendencia actual en muchos países, dentro de los que se encuentran aquellos con más de un siglo de aplicación de las normas de competencia, es alejarse de las posiciones que las consideran como un instrumento de defensa de la democracia, es decir, como un instrumento de control del poder económico. Cada vez más los autores, no solo abogados sino especialmente economistas, señalan con razón que el objetivo principal de las normas de competencia, incluyendo la norma de control de concentraciones, debería ser la búsqueda de eficiencia y no el control del poder económico. Si bien inicialmente este fue el origen de la Sherman Act, no cabe duda que hoy ya no se considera como un objetivo primordial. Lo anterior no significa que quienes postulan esto no valoren la democracia y consideren válido crear concentración del mercado que pueda afectarla. Más bien, entienden que hay otros instrumentos mucho más adecuados para protegerla.

En segundo lugar está la pregunta planteada de si hay mecanismos alternativos al control de concentraciones y yo creo que sí los hay. Por ejemplo, se puede fortalecer la otra manifestación de las políticas de competencia, esto es, fortalecer la abogacía de la competencia. Si se quiere otorgar más facultades al INDECOPI, es mejor darle facultades para hacer abogacía de la competencia y no control de concentraciones. Me refiero a que el INDECOPI pueda realizar estudios sobre las condiciones de competencia en mercados que considere concentrados y esté facultada para emitir recomendaciones de carácter vinculante, en las cuales

señale a otras autoridades del Estado formas para promover mayor competencia en tales mercados, ya sea suprimiendo disposiciones legales que reducen la posibilidad de competencia (barreras de acceso legales) o, más bien, que eviten normas que impulsen el proceso competitivo. El referido carácter vinculante puede tener distintos grados, es decir, que la recomendación deba ser implementada por las otras autoridades o, en todo caso, que al menos deban emitir un pronunciamiento debidamente motivado sobre las razones de fondo por las cuales optan por no seguir dichas recomendaciones. Me parece que este puede ser un instrumento muy útil que fortalezca el proceso competitivo en mercados que se consideran concentrados.

Finalmente, sobre la pregunta de si las normas que prohíben comportamientos anticompetitivos son suficientes para evitar todos los efectos negativos de las concentraciones, mi opinión y creo que en eso vamos a coincidir todos, es que no son suficientes. Por ejemplo, la colusión tácita difícilmente puede ser sancionada a través de las normas que prohíben comportamientos anticompetitivos. Al respecto, se plantea que las situaciones de colusión tácita pueden ser controladas o prevenidas a través del control de concentraciones. Esto último para mí es dudoso, pero está claro que las normas de defensa de la competencia no permiten enfrentar situaciones de colusión tácita. Otro tipo de comportamientos que tampoco pueden controlarse a través de las normas de defensa de la competencia peruanas son los actos de abuso explotativo de la posición de dominio, es decir, las conductas que implican el ejercicio del poder monopólico para aprovecharse del consumidor directamente, sin que exista restricción alguna de la competencia, ejemplo de lo cual son los denominados precios excesivos. La ley peruana que prohíbe conductas anticompetitivas no permite, acertadamente, sancionar los denominados



Mesa redonda con Luis Diez Canseco Nuñez, Alejandro Falla Jara, Eduardo Quintana Sánchez y José Távora Martín

abusos explotativos porque como se ha dicho no implican un comportamiento anticompetitivo. Se plantea entonces que con el control de concentraciones se puede evitar que haya empresas con capacidad de imponer precios excesivos. Creo que existen mecanismos alternativos para controlar este tipo de problemas de mercados monopólicos, sin tener que acudir necesariamente al control de concentraciones.

2. En el caso de mercados bajo regulación: ¿Cómo afecta una concentración empresarial? ¿La regulación no es suficiente para evitar la ocurrencia de efectos negativos en aquellos mercados luego de una concentración? ¿Cuál ha sido el resultado de la norma de control de fusiones para el sector eléctrico que contempla el ordenamiento peruano (Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico - Ley 26876)? ¿Debería preverse dicho control en otros sectores?

Eduardo Quintana Sánchez: Si pasamos al ámbito de los mercados regulados, creo que mi posición en contra del control de concentraciones no varía mucho; al contrario, creo que en estos mercados hay más instrumentos desplegados por el marco legal para superar las consecuencias de la falta de competencia y hay otras autoridades que ya tienen facultades para solucionar los problemas generados por la concentración del mercado. Un ejemplo simple: los posibles casos de precios excesivos, de los cuales acabamos de hablar. En los mercados regulados se controla la posibilidad de que los monopolios fijen precios excesivos a través de la regulación tarifaria. Este ejemplo se puede reproducir en otros aspectos, pues en los mercados regulados existen distintos instrumentos regulatorios que permiten enfrentar los problemas que se pueden generar debido a la concentración. Por ello, a la pregunta de si los efectos de la concentración en mercados regulados deben controlarse a través del control de concentraciones, mi respuesta es no.

¿Cuál ha sido el resultado de la norma de control de concentraciones en el sector eléctrico? No le encuentro

mucha utilidad. Diría que el resultado es el típico de todo control de concentraciones. Del total de operaciones notificadas, ninguna ha sido prohibida, dos en toda la historia han sido objeto de condicionamiento, y todas las demás han sido autorizadas. ¿Qué ha pasado con las dos que han sido objeto de condicionamiento? He tenido la oportunidad de ver muy de cerca los dos casos, en INDECOPI y en el sector privado. En los dos, el INDECOPI asumió un escenario después de la concentración, es decir, consideró que si aprobaba la concentración sin limitación alguna se podría producir un efecto negativo para la competencia. ¿Qué sucedió en los hechos? En los dos casos el mercado no se comportó como pensaba el INDECOPI. En otras palabras, el INDECOPI se equivocó en su proyección de lo que iba a ser el mercado. No quiero extenderme mucho, pero les puedo comentar los dos casos.

El primero es el de Endesa, España. La operación notificada determinaba que se concentren cuatro empresas eléctricas peruanas, tres generadoras eléctricas y una distribuidora, EDELNOR. ¿Qué dijo el INDECOPI? Consideró que EDELNOR podría tener incentivos a privilegiar en la compra de energía eléctrica a sus empresas vinculadas, con las que se estaba concentrando, frente a otros generadores independientes. Por ello, el INDECOPI estableció como condición específica para EDELNOR que en adelante tendría que comprar electricidad a través de licitaciones abiertas en las cuales invitara a todo generador a plantearle una oferta de suministro, sin tener posibilidad de comprar electricidad a través de negociaciones bilaterales directas con los generadores, como lo hacían todas las distribuidoras. ¿Cuál era la lógica de esta condición? Evitar que privilegie a sus empresas vinculadas y que, más bien, tenga que contratar con aquella que le ofrezca el menor precio o mejores condiciones. La condición se aplicó y EDELNOR empezó a

Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú

hacer las licitaciones. Qué sucedió algún tiempo después, el desempeño del mercado eléctrico provocó que ningún generador quisiera contratar con los distribuidores. Esto significaba que ni siquiera los generadores vinculados a EDELNOR querían contratar con ella. Entonces no es que EDELNOR estuviera en una mejor posición para otorgar prebendas o privilegios. Más bien, casi tenía que rogar que algún generador le venda energía. La pregunta es si servía la condición. La respuesta es que no servía porque el mercado funcionó distinto a lo que consideró el INDECOPI que ocurriría. ¿Qué sucedió después? Fue la regulación del sector la que tuvo que dar una solución al complejo problema de falta de incentivos a la contratación con distribuidoras

El otro caso, es el del grupo ISA, que tenía una gran parte del mercado de transmisión eléctrica y adquiere a otro gran operador de transmisión eléctrica. Estas empresas son monopolios naturales, que operan en un mercado totalmente regulado. ¿Qué dijo el INDECOPI? Consideró que la concentración no creaba problemas para la competencia en el mercado de transmisión, porque las empresas no compiten al ser monopolios naturales. Pero entendió que lo que sí podría ocurrir era una restricción de la competencia por el mercado. Es decir, de la competencia en las licitaciones que realiza Proinversión para otorgar en concesión la construcción y operación de nuevas instalaciones de transmisión eléctrica. En particular, el INDECOPI consideró que el grupo ISA podría ganar más fácilmente o estar en mejor posición competitiva en el proceso de concurso. Por ello le impuso como condición que sólo pudiera presentar una oferta en los concursos; es decir, le negó la opción de ir a una segunda convocatoria, si fuera el caso. En términos simples, el INDECOPI le impuso la condición de presentar su oferta más agresiva en la primera convocatoria. ¿Cómo se desempeñó el mercado de concursos de líneas de transmisión? Los concursos demostraron que el grupo ISA no tenía la mejor posición que asumió el INDECOPI. La competencia entre los postores fue absoluta sin lugar a dudas, y postores distintos al grupo ISA ganaron varios de los concursos de los proyectos más grandes, pese a que se había obligado al grupo ISA a plantear su oferta más agresiva en la primera convocatoria. ¿Por qué sucedió esto? Porque los otros estaban en condiciones de plantear una mejor oferta, a diferencia de lo que había previsto el INDECOPI.

Entonces, creo que la experiencia peruana de control de concentraciones en el sector eléctrico ha sido muy pobre. Y si

me preguntan si el sistema debería trasladarse a otros mercados regulados, yo diría que no.

José Távara Martín: Siguiendo la lógica de Alex Falla la regulación podría entenderse también como un “control político”, y en realidad toda participación directa o indirecta del Estado en la actividad económica (hasta los controles sanitarios o laborales) podría ser vista como control político. El control de concentraciones se orienta a evitar la monopolización de los mercados, no tiene por qué degenerar en control político de las empresas. Se controla la monopolización de los mercados porque el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente.

Uno de los argumentos más fuertes para sostener por qué el control de las concentraciones es necesario aun en las industrias de redes, que generalmente operan en contextos regulados, es que la regulación funciona mucho mejor cuando hay varias empresas que compiten en la industria. Cuando el regulador enfrenta a una sola empresa monopólica, la capacidad de lobby cabildeo de esta última, a través del sistema político, es mucho más fuerte, con hay una presión mucho mayor que puede debilitar al regulador y facilitar su captura. Yo he estado en el Consejo Directivo del OSIPTEL, y por experiencia se muy bien que el mejor escenario es tener a varias empresas discutiendo un proyecto de norma regulatoria, defendiendo cada una sus propios intereses, así es más fácil tomar decisiones balanceadas, por ejemplo, en materia de cargos de interconexión. Esto no ocurre cuando tenemos a un regulador que enfrenta a una sola empresa monopólica. Este es un argumento de economía política que, por supuesto, Alex Falla podría interpretar como control político de las empresas; pero en fin, sabemos que el vacío institucional es una quimera, no existe ninguna sociedad en el mundo en la cual el Estado no esté presente de una u otra manera en la actividad económica.



Mesa redonda con Luis Diez Canseco Nuñez, Alejandro Falla Jara, Eduardo Quintana Sánchez y José Távora Martín

Las empresas no operan en el vacío, sino en entornos institucionales que además evolucionan con los cambios en las políticas públicas.

El segundo argumento sobre los mercados regulados, destaca a la competencia, cuando es viable, como un mecanismo superior a la regulación. Si las fusiones y la monopolización de los mercados eliminan la competencia, nos vemos obligados a regular. En telecomunicaciones, por ejemplo, hemos tenido procesos de desregulación que no hubieran sido posibles en ausencia de competencia. Así, en el mercado de larga distancia se observó que las tarifas se encontraban siempre por debajo del tope establecido por el regulador. El tope estaba sobrando y se decidió eliminarlo, porque había competencia. Si las empresas se concentraban y se fusionaban, obviamente hubiera sido necesario seguir incurriendo en los costos y en los inevitables errores e imprecisiones de la regulación.

Para desregular los mercados sujetos a una regulación promotora de la competencia, como ocurre por ejemplo en telecomunicaciones y en la generación de energía eléctrica, es indispensable evitar las fusiones y la monopolización. Este argumento me parece elemental, creo que lo entiende un estudiante de primer año y cualquier ciudadano de a pie con sentido común. Felizmente, en el caso de telecomunicaciones hay una suerte de control tácito de las fusiones vía la asignación del espectro radioeléctrico, si no tuviéramos a un viceministerio de telecomunicaciones asignando el espectro de acuerdo a un plan de asignación de frecuencias, hubiera sido más difícil evitar las concentraciones. Pero la ausencia de un régimen formal y explícito de control, obviamente limita el alcance de las políticas de competencia en este sector, así como la gestión del regulador y de las autoridades sectoriales.

Quiero por último responder al argumento de Eduardo (Quintana), en el sentido de que el INDECOPI se equivocó en los procesos de control de concentraciones en el sector eléctrico. La pregunta obvia, que surge como reacción automática, es ¿se equivocó en relación a qué? ¿Cuál es la evidencia contrafactual? ¿Acaso sabemos qué hubiera ocurrido si INDECOPI no hubiera decidido A y hubiera decidido B? ¿Tenemos acaso evidencia de lo que hubiera podido ocurrir en ausencia del régimen vigente de control de fusiones y concentraciones en el sector eléctrico? No lo sabemos. Entonces, ¿cuál es nuestra referencia comparativa para decir que se equivocó? Creemos que se equivocó, de acuerdo a

nuestra opinión, que es muy respetable. Han habido 15 procesos de fusión en el sector eléctrico desde que se creó la ley en el año 1997, 5 procesos que no fueron notificados y evaluados por el INDECOPI, se aprobaron 10 de los 15, incluyendo 2 con condiciones. La evaluación que he revisado de los organismos multilaterales es bastante positiva. En parte también porque hay un buen regulador y en eso coincido con Eduardo.

También hay argumentos de economía política y geopolítica. ISA es una empresa que tiene una fuerte participación en el accionariado de una empresa estatal colombiana, entonces, ¿al Estado peruano le interesa que sus redes de transmisión sean monopolizadas por una empresa estatal de otro país? O ¿qué ocurriría, por ejemplo, si la red Primax, de distribución minorista de combustibles, que es una alianza entre el Grupo Romero y ENAP, la empresa estatal chilena de hidrocarburos, empieza a absorber todas las redes de distribución, adquiere a PECSA, luego a Repsol, absorbe a todas las demás y se establece un monopolio en la distribución de combustibles? ¿Ustedes creen que las autoridades políticas, incluyendo la Cancillería peruana, se quedarían tranquilas? Es evidente que no. Claro, si pensamos que la economía va por un lado, en piloto automático, y la política va por el otro, y solo genera *ruido*, no entendemos lo que está pasando. Hay que incorporar en nuestras reflexiones este tipo de variables, aunque no estén en las normas, pues son un dato de la realidad. Por lo demás, lo mismo ocurre en todos los países. No me refiero a la dimensión normativa, sino al análisis positivo sobre cómo opera realmente la regulación.

Y aquel que cree que las decisiones se toman pensando solamente en eficiencias, francamente es un ingenuo. Es como cuando un regulador empieza su exposición diciendo “esta una decisión eminentemente técnica”. Por favor. Aunque por supuesto, siempre es

Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú

necesario argumentar técnicamente y sustentar muy bien todas las decisiones.

Alejandro Falla Jara: Los comentarios de Pepe no pueden ser más provocadores. Pero bueno, con cariño y con los años que nos llevamos conociendo. Yo creo que su argumento último, y quiero empezar por ahí, nuevamente desnuda el propósito del control de concentraciones y pone claro el riesgo. Pepe acaba de mencionar que no podemos ser ajenos a que inversores estatales extranjeros o inversores de un país que no nos gusta, o que percibimos como una amenaza, empiecen a tomar posiciones en mercados supuestamente estratégicos. “No hay que ser ingenuos” ha sido la frase. Eso desnuda el argumento y demuestra que no solo el mecanismo de control de concentraciones termina convirtiéndose en un instrumento de control político de las empresas grandes, sino que termina convirtiéndose en un instrumento de juego geopolítico, donde empieza a ser utilizado para decidir qué inversores son bien vistos y qué inversores son mal vistos. Donde se traslada la discusión no es a si esto hace bien al mercado, esto hace bien al consumidor, esto genera eficiencias; sino a si me gusta el color de la camiseta del accionista. Pepe no está equivocado, yo creo que Pepe simplemente es honesto y lo está reconociendo, y es una realidad, efectivamente. Pero si hacemos nuevamente el mapeo de esa centena de países que tienen control de concentraciones vigente y son puestos como la motivación y lo que fuerza a que nosotros adoptemos un sistema así hoy en día, vamos a ver en muchos de ellos decisiones tomadas única y exclusivamente para impedir que entren al mercado o que se realicen operaciones que resulten incómodas y molestas para ciertos grupos de poder en control del Estado en ese momento. Ese es un riesgo, un problema.

Y quiero con este comentario de Pepe ir al de los sectores regulados, porque termina esta experiencia peruana graficando el punto de Pepe. ¿Por qué tenemos control de concentraciones en el sector eléctrico en el año 1997? La pregunta es ¿y por qué no hay en el sector de telecomunicaciones? ¿Y por qué no hay en otros sectores? La razón no es técnica, es una estrictamente geopolítica. ¿Qué pasó con el sector eléctrico a mediados de la década de 1990, cuando empezó este proceso de reestructuración de la industria? Bueno, invadieron el Perú ciertos inversores de cierta nacionalidad que no eran del agrado de ciertos sujetos que estaban en el control del Estado en ese momento, o de influencia directa al poder. Y de pronto esos temores

que empezaron a ser sembrados empujaron la adopción de este tipo de mecanismos. Por suerte lo que salió fue un mecanismo bastante estándar. Y por cierto la aplicación que hizo INDECOPI estuvo lejos de alcanzar la motivación de lo que fue la Sherman peruana, pero ahí estuvo el peligro, ya no en la motivación, sino en las decisiones concretas que tomen los reguladores y que esto sea un instrumento para proteger la competencia y no para conseguir otro tipo de objetivos.

Yo no creo que necesitemos un control de concentraciones en general, pero esto es más claro para las industrias reguladas. Ya lo dijo Eduardo, el Estado tiene más instrumentos para poder mediatizar cualquier impacto negativo que pudiera enfrentar producto de una operación de fusión o concentración. Y de hecho Pepe ha sido honesto en reconocer que ha habido experiencias de concentración en sectores regulados que no están sujetos a ninguna supervisión específica y donde el Estado ha podido enfrentarlos si creían que había problemas generados por la operación de concentración. Y me refiero específicamente al sector de telecomunicaciones, donde la licencia ha sido utilizada como el instrumento para controlar esos efectos. Esto revela que el Estado en esos sectores tiene muchísimos más instrumentos que en otro tipo de mercados. En simple, donde menos se necesitaría un control de concentraciones es precisamente en los sectores regulados.

¿Cómo ha funcionado el sistema? ¿Cuál ha sido el resultado? ¿Ha sido de alguna utilidad? Coincido con el diagnóstico de Eduardo. Yo diría que para lo único que ha servido es para darle de comer al grupo de abogados y economistas, para darle ingresos interesantes al INDECOPI, son 15 operaciones a 50 000 dólares por cada una de ellas, es más de 1 millón de dólares, con algunas multas en el camino. Pero yo diría que lo más importante y de lo cual no hemos hablado es que esto ha



Mesa redonda con Luis Diez Canseco Nuñez, Alejandro Falla Jara, Eduardo Quintana Sánchez y José Távora Martín

sido perjudicial para la supervisión de conductas que tiene que hacer INDECOPI. Un diagnóstico que todos hacen de este revela que nadie puede decir que haya estado capturado políticamente. Con algunos altibajos; aunque, como media sí ha tenido un trabajo bastante técnico. Pero sí podemos decir que los procesos demoran mucho. ¿Por qué? Una de las razones es porque tiene que administrar este régimen de control en el sector eléctrico. Estas 15 operaciones han generado que INDECOPI haya dejado de lado su labor paralela de aplicación de la otra ley a su cargo, lo cual explica el retardo en muchos de los procesos de INDECOPI.

Con esto acabo, la experiencia de la aplicación de esta ley, de la supervisión en el sector eléctrico vuelve a destacar el punto mencionado por Eduardo, la necesidad de hacer un análisis predictivo y la poca capacidad que pueda tener cualquiera de los aquí sentados, incluso Pepe, de poder predecir el futuro. Especulo con gran grado de certeza que el doctor Távora, sentado en INDECOPI, tomando cualquiera de esas dos decisiones a las cuales hacía referencia Eduardo, de pronto habría firmado la misma resolución y se habría equivocado. Y no tiene que ver con que sea un gran técnico, ni con que tenga a su mano los mejores informes y análisis. En esencia, el mecanismo implica aventurar una confusión sobre algo que se desconoce. Cualquiera se puede equivocar sobre el tema. Pepe decía: ¿Cuál es el análisis contrafáctico? ¿Qué hubiera pasado si no hubiéramos tenido ese control de concentraciones? Bueno, es interesante porque la experiencia también sirve. El caso de Endesa, que mencionaba Eduardo, como uno de los cuales en los que había fallado el análisis predictivo del INDECOPI, es interesante, era una operación entre empresas que ya estaban integradas, donde el efecto de la concentración que resulta en la necesidad de la notificación proviene no de una operación local, sino de una operación que se realizó en España. Antes de la operación ya estaban vinculadas y en el mercado local no había pasado nada. Incluso sin ley, de pronto nos hubiéramos ahorrado las demoras en los otros procedimientos que tenía a su cargo el INDECOPI.

Luis Diez Canseco Nuñez: Voy a ser bien breve. En los mercados regulados, el objetivo último es regular precios. A la larga es eso, cargos de interconexión, accesos, montos. Finalmente es control de los precios. Eso me hace pensar y lo quiero trasladar al tema general del Derecho de la competencia. Yo creo que el control de fusiones y

concentraciones como una norma es uno de los más lindos instrumentos que existen para evitar las tentaciones de controles de precios. Claro, en los mercados regulados, la ley te permite hablar. Porque finalmente son mercados donde hay monopolio, fallas de mercado, es el objeto. Pero, en los mercados desregulados o donde se empieza a desregular, probablemente uno de los mejores instrumentos para evitar este tipo de controles de precios o estas tentaciones, que siempre van a haber, de las prácticas explotativas es tener este tipo de mecanismos; porque a la larga, ¿qué es lo que genera este tipo de mecanismos, este acto de adivinación? Que, nos guste o no, va a haber más competencia, va a haber más empresas, va a haber más posibilidades de ingreso al mercado; etcétera. Un mercado monopolizado genera un gran desincentivo en muchísimas ocasiones para que ingresen otras empresas, y no tanto porque las barreras sean de tipo estatal, sino porque los canales de distribución muchas veces ya están totalmente copados. El ejemplo de ustedes (refiriéndose a Alejandro Falla), como abogados de una distinguidísima empresa de cervezas, es que se concentró el mercado de cervezas y el gran problema que tuvo la empresa entrante no era que hubieran barreras a la entrada, que no las había; sino era el problema de cómo acceder a los canales de distribución. A donde quiero ir con esto es que que en los mercados regulados es donde menos se necesita la normativa del control de fusiones y concentraciones, porque, finalmente, los precios están siendo analizados, y en las partes de los mercados regulados donde se desconcentra de repente sí se puede introducir un poco.

Y el ejemplo más interesante fue el caso de la fusión de Bellsouth y Telefónica del Perú, es un ejemplo clarísimo de cómo se le puso condicionamientos durante 5 años para que no despidieran a gente, para que los planes tarifarios se mantuvieran, para que no te

cambiaran la numeración; un conjunto de temas que sirvieron para que el mercado de telecomunicaciones se mantuviera en dinamismo. Esto no hubiera ocurrido si no hubiese habido control de fusiones y concentraciones, que dicho sea de paso era un acto heroico y muy interesante por parte del ministerio de transportes y telecomunicaciones, que dijo “sí hay control de fusiones y concentraciones, lo manejamos directamente”. Se planteó un conjunto de condiciones que permitieron, en nuestra opinión, que los consumidores y los proveedores se vieran beneficiados por un periodo de tiempo que, además, generó las señales suficientes para que otros pudieran venir al Perú; porque acá hay un mercado en competencia.

3. De aprobarse una ley de control de fusiones y concentraciones empresariales, ¿cuál sería el diseño más eficiente para el procedimiento de autorización, de tal manera que involucre menos costos tanto para las empresas involucradas en la operación como para la Administración Pública? ¿Estaría preparado el INDECOPI para asumir esa nueva tarea administrativa? ¿Cómo variaría su estructura y su desempeño general?

Luis Diez Canseco Nuñez: La notificación previa, sin duda, creo que es el mecanismo que debería darse. No la notificación posterior. Aquí se aplica la teoría de los huevos revueltos. Tú ya te fusionaste, después de haber hecho el análisis nos damos cuenta de que la operación estaba mal y ahora desfusionate. Ahí habría un problema grave. Además, es universalmente aceptada la notificación previa. Con clarísimo silencio positivo administrativo. Ambos están en el texto del proyecto de ley.

¿Está INDECOPI preparado? Esa es la gran pregunta. Y ahí sí coincido con mi querido amigo Alex Falla en que no lo está. Porque no tiene los recursos suficientes. No lo está porque requeriría una gran cantidad de recursos para la capacitación de sus personas. Y, en mi opinión, deberían incorporarse y modificarse en la Ley Orgánica del INDECOPI un conjunto importante de candados institucionales que en este momento no tiene. Esta es la gran preocupación que creo que todos tendríamos. Si vamos a tener este instrumento maravilloso u horroroso, dependiendo del lado en el que estemos, de

control de fusiones y concentraciones, lo cierto es que debemos tener un INDECOPI absolutamente independiente y con recursos suficientes. Me parece un horror que en el organismo regulador más importante del país, la designación del presidente del Directorio y de los miembros del directorio sea a dedo del Primer Ministro. ¿Cuál es la razonabilidad? ¿Por qué no es, como en los otros organismos reguladores, objeto de un concurso público? Los cargos de los secretarios de comisiones, de secretarios técnicos son cargos de confianza. No me gusta, entonces te boto. ¿Cuál es la razonabilidad para que los cinco miembros del Directorio representen al Ministerio de Industria, Comercio Exterior y Turismo, Economía y Finanzas y 2 de la PCM? No lo entiendo, ¿por qué no el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones? ¿Por qué no el Ministerio de Agricultura? ¿Por qué no el de la Mujer? No sé, Medio Ambiente. En mi opinión esto debe reducirse a tres directores que sean elegidos mediante concurso público absolutamente neutral. Además, tiene que haber mucho dinero para el INDECOPI, para que la comisión tenga los recursos humanos con los que pueda trabajar.

José Távara Martín: Voy a destacar algunas posibilidades de mejora en el proyecto de Ley, en base a un informe que acabo de revisar, elaborado por un equipo el Banco Mundial. Es necesario clarificar el concepto de control, así como incluir una mejor definición de lo se entiende por concentración. También se sugiere la conveniencia de excluir, de los alcances del control, algunas transferencias de activos que no tiene mayor impacto en la competencia, como por ejemplo entre compañías hermanas o entre la principal y la subsidiaria, o fusiones de empresas dentro del mismo grupo empresarial. Tampoco es necesario sujetar al control aquellas adquisiciones de empresas por parte de empresas extranjeras que no están operando en el país, directa o indirectamente.



Mesa redonda con Luis Diez Canseco Nuñez, Alejandro Falla Jara, Eduardo Quintana Sánchez y José Távora Martín

A propósito de lo cual, y para evitar una interpretación equivocada en relación a mis comentarios anteriores, sobre la dimensión geopolítica, debo decir que me consta que muchas empresas extranjeras son más respetuosas de los derechos laborales y de las normas ambientales que muchas empresas nacionales. Por ello no tengo ninguna preferencia especial por empresas nacionales o extranjeras, lo que creo es que debemos evaluar su desempeño observando si son respetuosas de las normas y si se rigen por los mejores estándares y prácticas internacionales.

Regresando al proyecto de Ley, podría mejorarse incorporando un mecanismo de consulta previa a la notificación, que permita determinar si la empresa está obligada o no a notificar la fusión. La inclusión de este mecanismo podría simplificar la aplicación del procedimiento de control, evitando que se incurra en costos elevados, tanto por las empresas como por el Estado. En la literatura esto se conoce como el *quickreview*, y podría incorporarse al proyecto, en caso de que los *lobbies* no lo detengan. El orden de magnitud de los umbrales está bastante bien dimensionado, pero podría mejorarse su definición. Por ejemplo, los umbrales podrían aplicarse para cada una de las empresas que se fusionan, no solo para la más grande. También es conveniente incorporar un mecanismo que permita revisar los umbrales sin tener que pasar por el Congreso de la República, es decir mediante una modificación de la Ley. Quizá podría delegarse a un organismo colegiado la revisión de los umbrales, la propia ley podría definir la composición de dicho organismo, que tendría la autoridad para revisar y redefinir los umbrales teniendo en cuenta la casuística y la propia evolución del mercado, a partir de la experiencia del INDECOPI. Estas son algunas de las medidas que podrían reducir los costos, elevando la eficiencia y la eficacia en la aplicación de esta Ley.

¿Está preparado el INDECOPI? En este asunto coincido con mis colegas. Actualmente no está preparado, pero tampoco creo que sea muy difícil lograrlo. Lo fundamental es dotarlo de mayor blindaje institucional frente a presiones de cualquier tipo, otorgando mayor autonomía a sus órganos de decisión y fortaleciendo los mecanismos que garantizan transparencia y rendición de cuentas, asegurando al mismo tiempo protección de la información confidencial entregada por las empresas. Estos mecanismos ya funcionan en los organismos reguladores sectoriales y en el propio INDECOPI, de manera que no debe ser muy difícil replicarlos. Una

dimensión clave de la autonomía es el presupuesto. Obviamente, habrá que dotar al INDECOPI de los recursos requeridos para asumir esta nueva tarea. Entiendo que la Comisión de Libre Competencia podría ser parte de este diseño. Dados los umbrales definidos en el proyecto de Ley, solo un reducido número de empresas estarían potencialmente sujetas a este tipo de control, como se indica claramente en la exposición de motivos. Por lo tanto, no creo que sea muy costoso adoptar este régimen de control de fusiones.

En todo caso, el análisis del costo beneficio resultante de la adopción de un sistema de control de fusiones, arroja a mi juicio resultados positivos. En el caso de la cerveza, que ya se ha comentado, en cualquier país con un régimen de control de fusiones se hubiera impedido la monopolización del mercado que tuvo lugar en el Perú, en el período 1994-2002, cuando la empresa Backus empezó a adquirir los activos de todos sus competidores. Como era de esperarse, con el monopolio los precios se elevaron y registraron un nivel muy superior al promedio regional. Yo hice los cálculos, para una muestra de diez países, y encontré que con precios iguales al promedio regional (antes de impuestos) los consumidores peruanos hubieran pagado alrededor de US\$ 90 millones menos cada año. Puesto en otros términos, la ausencia de control hizo posible una transferencia significativa de dinero, desde los bolsillos de los consumidores hacia los bolsillos de los accionistas del monopolio. Con mucho menos se puede financiar, tranquilamente, varios años de funcionamiento de un equipo de especialistas, dedicado a controlar las fusiones y promover la competencia.

Eduardo Quintana Sánchez: Lo que más me preocupay ya lo he planteado antes, es lo siguiente: dado que la mayor parte de las concentraciones notificadas son aprobadas,

Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú

el problema de fondo están aquellas que no lo son o que son aprobadas pero bajo condiciones. Para todas las demás operaciones el control de concentraciones en realidad es principalmente un trámite complejo, engorroso y bastante costoso.

Para el caso de las operaciones que van a ser desaprobadas, la norma debería incluir mecanismos explícitos y apropiados que permitan a las empresas ajustar el diseño de su operación, de forma que eliminen aquellos aspectos que provocan sospechas o temores de la autoridad de competencia. Es decir, se debería establecer en la norma disposiciones que señalen una o más etapas específicas del procedimiento en las cuales la autoridad ofrezca a las empresas la opción de modificar los aspectos de su operación que pudieran generar riesgos para el proceso de competencia en el mercado relevante identificado. De este modo, el mecanismo funcionaría con carácter preventivo para evitar la desaprobación de las operaciones, si las empresas ejecutan las modificaciones antes señaladas. Creo que esto es básico en un sistema de control de concentraciones y no lo veo adecuadamente previsto en el proyecto de ley que ha sido presentado al Congreso y cuenta ya con un dictamen favorable. Además, para que el mecanismo funcione se debe prever criterios objetivos para que la autoridad evalúe las propuestas de modificación que presenten las empresas y, además, otorgar facultades más específicas a la autoridad, que le permitan validar con las empresas las modificaciones y luego autorizar las concentraciones. Debe tenerse en cuenta que sin facultades expresas y detalladas, cualquier funcionario temería que al autorizar una operación en base a las modificaciones introducidas por las empresas, luego sea cuestionado o investigado, por ejemplo, por una comisión fiscalizadora del Congreso de la República. Si el funcionario no está blindado debidamente por la ley, el mecanismo nunca sería utilizado.

Para el caso de las concentraciones autorizadas bajo condiciones debe contemplarse requisitos y exigencias precisas para que la autoridad pueda establecer las referidas condiciones, pues de lo contrario se genera demasiada incertidumbre y también sobrecargas inapropiadas. Como ejemplo puede tomarse el actual proyecto de ley, que establece lo siguiente: “la Comisión puede autorizar la concentración, subordinada a la observancia de condiciones que contemplen los efectos restrictivos sobre la competencia. Dichas

condiciones podrán consistir, entre otras, en la obligación de transmitir ciertos negocios o activos o la imposición de limitaciones”. En principio este texto parece inocuo, sin mayores complicaciones, pero en realidad ¡imagínense lo que pueden hacer de esto! ¿Qué podría considerar la autoridad que es una condición suficiente y adecuada? Téngase en cuenta que estas condiciones involucran usualmente restricciones a derechos constitucionalmente protegidos, como la propiedad o la libre contratación. Sin embargo, no se prevé regla alguna que obligue a la autoridad a pasar por un examen riguroso las condiciones que impone. La norma debería señalar con precisión cuáles son los umbrales mínimos que debe superar la autoridad para imponer una determinada condición. Por ejemplo, actualmente el INDECOPI, ha sustentado las condiciones impuestas aplicando el test de proporcionalidad del Tribunal Constitucional, aun cuando no lo establece la ley de control de concentraciones en el sector eléctrico; es decir, ha evaluado si la condición es idónea, necesaria y proporcional. Señalar reglas como esta en blanco y negro en la ley, como obligación *sine qua non* de la autoridad, resultaría absolutamente necesario, si no, la facultad abierta de imponer condiciones dará carta blanca para exigir todo tipo de renuncia de derechos o sobrecargar excesivamente a las empresas

En relación con este último tema, propondría que las condiciones que establezca el INDECOPI (es decir la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal) queden sujetas al filtro de las barreras burocráticas. Si bien se podría argumentar que esto sería poner al INDECOPI contra el propio INDECOPI, creo que esas condiciones pueden convertirse en barreras burocráticas irracionales para las empresas, generando situaciones de desproporción entre la finalidad y la condición impuesta, discriminaciones indebidas, entre otros. Por lo que no habría razón para exonerar



Mesa redonda con Luis Diez Canseco Nuñez, Alejandro Falla Jara, Eduardo Quintana Sánchez y José Távora Martín

las referidas condiciones del análisis que realiza la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del propio INDECOPI.

Alejandro Falla Jara: Ojalá no se apruebe esta ley. Empiezo diciendo eso. Pero si tuviera que haber un control de concentraciones. ¿Cuál sería el diseño más eficiente? Se parte *a priori* que lo mejor es un mecanismo de control *ex ante*, por la idea de los huevos revueltos: más ágil es impedir que se junten que después buscar separarlos, y se dice que el problema es básicamente de umbrales. Yo no creo que esa sea la forma correcta de analizarlo. En todo caso, no es la única. Creo que habría que plantearlo de una manera diferente. Dicen que es un tema de umbrales porque no se trata de bodegas, sino de grandes operaciones y estas son pocas, tratando de minimizar el tema de las pocas operaciones que tendría que revisar INDECOPI. El proyecto del congresista tiene un dictamen de una de las comisiones y en su exposición de motivos decía que son pocas, son 11, pero nadie se ha puesto a pensar que 11 es casi la carga normal y regular que tiene el INDECOPI. Con esos umbrales altísimos sería ponerle al INDECOPI 100% más de carga de trabajo. En el modelo de notificación previa, incluso umbrales altísimos van a generar otros problemas en las otras funciones que tiene y que son más importantes y que tienen un impacto más cierto sobre la dinámica de los mercados.

En cuanto al tema del diseño, si uno hace una búsqueda en otras partes del mundo, resulta que no todos aplican el mismo modelo, que de alguna manera nos han tratado de vender quienes empujan el proyecto. Es importante destacar que hay países que tienen controles *ex post*, y señalo uno que me parece destacable: Inglaterra. Tiene un mecanismo de control voluntario, no fuerza una notificación previa. Es interesante porque este esquema funciona al interior de la Comunidad Europea, que tiene como mecanismo de control comunitario uno de notificación previa y resulta que los ingleses han venido discutiendo si deben o no cambiar su sistema y han decidido no cambiarlo. ¿Por qué lo mantienen? Porque es uno mucho menos costoso que el de notificación previa. Este fuerza a un 95% a una notificación en balde. Y es una constante en Estados Unidos, en Europa y todos los países que tengan notificación previa. Un 95% de empresas que realizan este tipo de operaciones son forzadas a pagar abogados, felices ellos, a economistas, también felices ellos, y asumir costos en la operación misma en balde. Los ingleses han decidido ir por un camino diferente, de control *ex post*, y de notificación

voluntaria. Si me preguntan cuál es un mejor diseño yo me pondría a pensar en esa línea más que en la que recoge el proyecto.

Pero, además, me pondría a pensar en un esquema de supervisión diferente, aquí se está copiando cierto modelo que existe en algunos sitios en que es la autoridad quien tiene la facultad de decidir si es que aprueba o desaprueba la operación. Resulta que hay sistemas que funcionan de manera diferente, en los que la autoridad de competencia no es la que toma la decisión de si se aprueba o no la operación, sino que son las cortes. El problema de la notificación ante una autoridad administrativa es que le da mucho poder a esta última. Eduardo mencionaba precisamente que el proyecto de ley le da mucha discrecionalidad a INDECOPI en la evaluación de ciertos aspectos de la operación. Bueno, y esa discrecionalidad es una incertidumbre para las empresas. Eso incrementa los costos de este modelo. Si forzamos a que la autoridad de competencia, si quiere oponerse a la operación, tenga que sustentar su caso ante un tercero, que está detrás de la idea de Eduardo de someter la decisión a la Comisión de Barreras Burocráticas, es más o menos la misma idea. Si se fuerza a la autoridad a eso, va a tener que pensar dos veces si usa el extintor o la bazuca, va a tener que demostrar ante un tercero la validez de su objeción. Creo que el modelo que se está escogiendo le da mucho poder a la autoridad para oponerse. Los incentivos de las empresas que quieren fusionarse para discutir la decisión son muy bajos, porque si discuten, tendrán que litigar por varios años y de repente ya no tiene sentido seguir adelante con la operación.

El tercer punto tiene que ver con el diseño. Toda la decisión se viene centrando en los umbrales, pero el problema no solo es el umbral, sino que es el criterio que va a tomar la autoridad para decidir si aprueba o

Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú

desaprueba y aquí se está adoptando un diseño de bienestar o impacto final en los consumidores. Lo primero que quiero destacar es que hay países que no tienen este diseño, que no tienen este estándar de evaluación. Y ¿por qué no lo tienen? Porque son países orientados a la importación, que es lo que nos sucede a nosotros. Entonces, el proyecto no tiene una defensa de eficiencias. Las empresas si quieren fusionarse, acreditan eficiencias, la autoridad, en este caso INDECOPI, va a evaluar si estas compensan o no compensan las pérdidas de bienestar en los consumidores. Y esto genera muchos problemas en países como el nuestro, que tienen mucha actividad de exportación, donde de pronto las operaciones de concentración van a generar un beneficio en consumidores que no son los locales; pero de pronto sí va a generar muchas ganancias de eficiencias en el mercado local. En ese contexto, estas posibilidades aquí se ven limitadas por un estándar como el que se está proponiendo. Canadá es un país en el que, expresamente, la ley le dice a la autoridad de competencia: “tú estás prohibida de oponerte a una operación en la que está acreditado que existen ganancias en eficiencia”. Los canadienses han optado por este estándar, que es diferente al estándar americano, diferente al estándar europeo. Porque se han dado cuenta de que este protege la competitividad de sus empresas locales y al hacerlo, están protegiendo a sus empresas de la competencia con empresas 3 veces o 4 veces más grandes en Europa o en Estados Unidos. Yo creo que en términos de diseño, de acuerdo a nuestro contexto, ese estándar es el más adecuado.

Uno último es el tema de las personas, que tiene que ver con el diseño, tiene que ver con quién va a administrar. El proyecto busca atribuir la competencia para administrar esta ley de control de fusiones a las mismas personas que administran la supervisión de las conductas, cárteles, prácticas de abuso de posición de dominio. Eso va a ser un problema, porque las personas que trabajan en INDECOPI en esas áreas, básicamente actúan buscando infracciones, tienen una actitud frente a los administrados como la de un fiscal frente a un potencial delincuente. Y para administrar una ley como control de concentraciones, la actitud tiene que ser diferente, porque en estos procesos no son delincuentes los que están sentados a la mesa, sino que son empresas que quieren hacer un negocio y están pidiendo una autorización. Eso podría impedir canales de diálogo entre autoridad y administrados y de pronto forzar a notificaciones ahí donde de pronto no serían necesarias si es que hubiera un canal

de diálogo más fluido entre autoridad y empresas que potencialmente quieren o que están embarcadas en una operación de concentración. Yo no estaría seguro de que el diseño que se propone es el más eficiente. Yo propondría cambiar y girar completamente de modelo. Ya es un poquito tarde, pero uno nunca pierde las esperanzas.

Luis Diez Canseco Nuñez: Si me permiten un momento. Pero obviamente siempre se podría crear una secretaría *ad hoc* aparte de la de competencia, la que ve la parte inquisitiva y la que ve la parte administrativa separadas. Eso lo permite la Ley Orgánica del INDECOPI y vamos adelante. Lo que pasa es que, como se ha dicho, hay cosas que necesitan ser precisadas aún. También hay un tema con la cabeza del INDECOPI, acá hay un tema que no puede pasar desapercibido. El terror que todos tenemos es el control político de este instrumento. Para lo cual esto va de la mano de una independencia política de esa casa, lo cual habría que garantizarse.

Alejandro Falla Jara: Efectivamente, yo mencionaba una de las razones por las cuales es peligroso el instrumento, no debería usarse. Sin embargo, ya en el escenario de aprobarse la ley, si INDECOPI tiene condiciones para asumir la nueva tarea. Hoy en día, en que no hay candados institucionales suficientes, yo diría que es muy peligroso. La tentación de utilizar el instrumento como mecanismo de control político o para defender ciertos intereses geopolíticos de alguien existe. Yo creo que esta ley debería tener todo un capítulo de fortalecimiento institucional que, por alguna razón, no está. Bueno, sé la razón. Nadie se está preocupando.

Luis Diez Canseco Nuñez: Bueno, no han querido incluirlo. Ha habido 10 reuniones en las que hemos estado todos nosotros y en las que ha habido discrepancias de diversa índole; pero en lo que sí hubo una total coincidencia



Mesa redonda con Luis Diez Canseco Nuñez, Alejandro Falla Jara, Eduardo Quintana Sánchez y José Távara Martín

es en tener candados institucionales para INDECOPI. Esto se lleva al INDECOPI, pero ni el este ni el Congreso, obviamente, lo quieren poner. Debe ser de parte de la sociedad civil, quienes deberíamos presionar para que esto ocurra y que se agreguen o se incluyan en el marco del proyecto, cuando se esté debatiendo en el congreso, en otra posición o el pleno, que se agregue un conjunto de artículos en esa dirección. Si no, terror.

4. El Perú es uno de los pocos países en el mundo que no tiene una ley de control de concentraciones empresariales, luego de casi más de 20 años de aplicación de políticas de competencia y de normas de libre competencia (Decreto Legislativo 701 y Decreto Legislativo 1034). ¿Significa ello que la experiencia ha tenido resultados positivos? ¿La aprobación de tal norma tendría un efecto en el clima de las inversiones y la situación macroeconómica del país?

José Távara Martín: En cuanto al clima de inversiones, yo creo que no. Es más, yo escuché un buen argumento de cómo la falta de control de fusiones puede tener un efecto más bien negativo en el clima de inversiones, pues genera mucha incertidumbre. A medida que las economías estén más monopolizadas, hay más incertidumbre. Cuando las economías están más abiertas, hay más competencia, hay mayor capacidad de atraer inversiones. Esto se explica porque las empresas monopólicas tienen más incentivos y más recursos para erigir barreras de ingreso al mercado, para atrincherarse y protegerse de competidores potenciales. Naturalmente, esto genera un efecto negativo en las inversiones. Este vínculo entre políticas de competencia e incentivos a la inversión, fue uno de los temas de discusión en un Seminario Internacional que organizó el INDECOPI hace casi 20 años, cuando Beatriz Boza expresaba su orgullo por pertenecer a uno de los pocos países en el mundo que no contaba con un régimen de control de fusiones. Es decir, en el Perú teníamos la razón, y todos los demás estaban y siguen estando equivocados.

Luis Diez Canseco Nuñez: Uno de los argumentos que manejan los que están a favor del control de fusiones es que lo

tiene todo el mundo. Eso no es un argumento. Yo creo que lo tienen muchos países del mundo porque han llegado a conclusiones similares a los que algunos estamos propugnando. Es bueno para el trípode o, si quieres, una mesa, si le agregamos barreras burocráticas, o si quieres una mesa de 5 si le agregamos ayudas de Estado, que son elementos que distorsionan la competencia. La idea es tener el conjunto instrumental de normas que aseguren que el mercado y la competencia no se vean distorsionados. Uno de los mecanismos institucionales es el control de las fusiones. Yo creo que el hecho de que lo tengan muchos no es una razón suficiente. Pero, en todo caso, explica una tendencia que refleja la necesidad de tener todo un paquete completo.

¿Qué ha pasado con la legislación peruana? No la tenemos y estamos haciendo lo que pasó en otras partes del mundo. Fíjense, Estados Unidos necesitó casi 30 años entre que se promulgó su primera ley y la Ley Clayton, para tener control de fusiones y concentraciones. Los europeos, desde 1957 hasta 1984. Pasaron 30 años. Nosotros 20. Está bien pues. Creo que de repente el Perú está teniendo un proceso de maduración como otras partes del mundo y no como en otros países como Ecuador que sale con la ley de control de fusiones y concentraciones desde el comienzo. No tiene experiencia en cárteles y ya tiene control de fusiones y concentraciones. Creo que el Perú ha venido tomando esto con madurez. Ha sido un debate alturadísimo, a través de 20 años en los cuales todo el mundo ha opinado. Ha habido 3 proyectos de ley. Creo que ya es tiempo de darle una oportunidad, que pasemos a esa etapa. Por las razones que ya se han esbozado los que creemos en dicho instrumento, los que creemos que debemos competir. Para eso necesitamos un extinguidor, para evitar un grave problema en el mercado.

¿Afecta el clima de negocios? También han salido los típicos. “Qué horror, va a ahuyentar

Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú

las inversiones. No van a venir inversionistas al Perú”. No. En mi experiencia de abogado, nos preguntan: “¿Tienen control de fusiones y concentraciones?” Que es una típica pregunta que nos llega a los estudios una vez por semana cuando hay este tipo de operación. El *due diligence* típico. Nosotros decimos no, salvo el sector eléctrico. No es que hayan dicho “ah, qué maravilla, esto va a promover las inversiones, como no tienen control de fusiones y concentraciones voy a venir mañana a invertir”. Eso no tiene nada que ver. Al contrario, mi experiencia demuestra que genera suspicacia. “Qué raro. ¿Por qué?” Y en ocasiones que he conversado con algunos clientes, esto puede ser una mala señal los inversionistas, por el tema que comenté y que clientes de Alex lo han vivido en carne propia. Muchas veces el objeto de comprar una empresa no es comprar los activos de una empresa, ni comprar la fábrica, es adquirir los canales de distribución. Ahí está el gran logro y uno de los temas más importantes de una compra. Tú controlas el canal de distribución y estás ahí generando una barrera a la entrada del inversionista.

Mi posición es que no es porque hayan 20 años o 30, no es que lo tengan otras partes del mundo, creo que ya es tiempo que completemos nuestro trípode y no creo que afecte las inversiones o la situación macroeconómica. Hay cosas mucho más graves, Conga, que sí le da una mala señal a los inversionistas. Pero tener control de fusiones y concentraciones no, porque todos los países de donde vienen los inversionistas lo tienen. Entonces es algo natural de ellos. Sería un poco de maximalismo exagerado decirlo. Todo lo contrario, genera suspicacia, desde mi experiencia práctica, de varios clientes que han estado en este tipo de temas y me han dicho “qué extraño, qué raro, explícame un poco más, como están los canales de distribución, qué problemas hay acá”. Genera escozor porque saben que podría haber un problema por ese lado. Nada más.

Eduardo Quintana Sánchez: En realidad yo no soy tremendista en este aspecto. Dudo que un sistema de esta naturaleza modifique abismalmente los flujos de inversión o las perspectivas del país como un centro de atracción de inversiones. Creo que este sistema produce dos efectos para el inversionista.

Primero, hace más compleja su operación y dentro del listado de pasos previos, tal como ha dicho Lucho Diez Canseco, va a agregar un ítem más, un trámite más a cumplir, que suele

ser bastante engorroso y puede volverse muy complejo, sin considerar que además podría tomar bastante tiempo. Deberá reunir una gran cantidad de documentación e información para sustentar ante la autoridad que la concentración no provoca efectos negativos sobre la competencia. Por ello, creo que con la ausencia del control de concentraciones el inversionista se siente aliviado. No comparto en forma alguna el argumento de que la falta de un sistema de control de concentraciones genere suspicacias o desconfianza en el inversionista sobre la conveniencia de invertir en el país. Sin embargo, tampoco creo que el establecimiento de un sistema de esta naturaleza inhiba la decisión de inversión, sino que va a generar un trámite complejo y engorroso adicional como condición precedente al cierre de la operación.

El segundo aspecto notorio es el costo. Son procedimientos que exigen inversión considerable de recursos y tiempo. Incluso existe una leyenda urbana que parte de la siguiente pregunta: ¿Dónde están las sedes más grandes de los estudios de abogados en el mundo? La respuesta es que están en Washington y en Bruselas, porque son los dos lugares donde funcionan las autoridades más grandes del mundo en materia de control de concentraciones. El costo es alto sin lugar a dudas. Ese es el otro problema del control de concentraciones para la inversión.

Alejandro Falla Jara: Que el Perú sea uno de los pocos que no tienen ha sido pintado como un gran problema. La verdad es que yo no lo creo. Hasta ahora nadie me ha podido identificar dónde está el gran problema que hemos tenido por no contar con control de fusiones y concentraciones. Que eso no se ajusta a un modelo teórico de los instrumentos que la mayoría tiene, o que un país debería tener, para proteger la competencia, la verdad debería tenernos sin cuidado si es que no tenemos un problema que deba ser atendido



Mesa redonda con Luis Diez Canseco Nuñez, Alejandro Falla Jara, Eduardo Quintana Sánchez y José Távora Martín

o resuelto sin ese instrumento que nos falta. Este argumento de que todos tienen y que nosotros deberíamos tener, hay que tener cuidado con él. Porque hay que acordarnos que en la década del 1970 todos tenían control de precios y lo adoptamos y después pagamos las consecuencias. A veces seguir la moda y estar como borreguitos viendo lo que otros están haciendo de pronto no es el mejor negocio. La experiencia peruana de no tener control de concentraciones yo no la veo mala. Hay muchas personas que están empujando la norma con los indicadores diciendo que hay mercados concentrados y que eso justifica el control de concentraciones. Yo creo que este razonamiento es bien superfluo y bien engañoso. Si uno empieza a indagar las razones por las que existe concentración en el mercado peruano, uno descubre que son las acciones del Estado las que han creado la concentración en algunos mercados. La forma cómo se privatizó, la forma en que se reguló, las barreras comerciales que se impusieron en el mercado en su momento, de pronto es el origen de que en alguno de esos mercados haya existido alguna concentración. Es bien interesante, las cifras con las cuales se ha estado jugando en el proyecto, que el primero no lo decía, son parte de los estudios de Maximixe del año 2005. Bueno, el proyecto inicial no citaba la fuente. Pero son cifras del año 2005 y es bien importante, porque son datos que no reflejan la situación actual. Del 2005 a la fecha no solamente han pasado varios años; sino, sobre todo, el Perú ha intensificado la puesta en vigencia de Tratados de Libre Comercio. El boom de los tratados de libre comercio, precisamente es del 2006 en adelante. Eso ha ido generando una modificación importante en muchos mercados. Habría que saber cuáles son los indicadores de concentración actuales. Yo creo que ahí hay un déficit serio en aquellos que están empujando ese proyecto, alegando que existen niveles de concentración importantes. Pero, incluso asumiendo que existieran, vuelve la pregunta de si el mejor instrumento para resolverlo es precisamente el control de concentraciones y yo no creo que sea así.

El modelo ha sido exitoso. Yo creo que el Perú, en términos de políticas de competencia, es un caso exitoso. Si uno lo compara con lo que ha venido sucediendo en el resto de Latinoamérica. El régimen de competencia en el Perú ha acompañado un proceso de crecimiento. No sé qué pasaría con las inversiones en el futuro, pero sí sé que ha pasado, haciendo un análisis contrafáctico. Ha acompañado el proceso de crecimiento que ha tenido el Perú en los últimos 20 años. No ha sido un obstáculo al proceso de crecimiento. No ha sido mal utilizado,

salvo algunas muy pequeñas etapas, gracias a Dios. Pero es evaluado así por expertos comentaristas, gente que está en la práctica en otros países que evalúan al modelo de políticas de competencia de Perú como exitoso y bien novedoso, porque nosotros, a diferencia de lo que ha sucedido en otras partes, hemos incorporado el tema de barreras burocráticas, de control de barreras burocráticas como parte de la política de competencia.

Ahora, ¿cómo va a quedar el clima de inversiones en el futuro si se adopta este control de concentraciones? ¿Lo va a afectar o no? Yo creo que sí lo va a afectar. Ahora, qué significa que lo afecte. Yo creo que va a haber un cambio en la forma cómo se van a hacer negocios. Una cosa es hacerlos sin control y otra será hacerlos con control. No solamente por los costos, sino por las incertidumbres que generan y que van a ser más o menos, dependiendo de las condiciones de las que hemos estado hablando. ¿Cómo se va a comportar la autoridad? ¿Va a tener candados institucionales? Bueno, si no los tiene, de pronto se va a convertir en un modelo como Argentina, donde de pronto hay serios cuestionamientos al mecanismo. Los procesos de aprobación en Argentina demoran no 30 días, no 40 días, sino 1 año, 2 años y de pronto los criterios de decisión no son muy técnicos, sino más bien políticos. Entonces, se va a enrarecer el clima de negocios dependiendo de cómo termine poniéndose esto en la práctica y qué candados se le ponga a la autoridad que aplique esta norma. De lo que sí estoy absolutamente seguro es que si se aprueba el proyecto de control de fusiones va a ser un súper negocio para abogados y para economistas; así que si se aprueba, bienvenido sea.

Luis Diez Canseco: Hay una reflexión que quiero trasladarles. Es el tema de todo el debate que estamos teniendo, que además es muy rico y constructivo y estoy feliz de estar en esta mesa redonda y tenerlos en mi casa. Sin

Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú

embargo, creo que ya se acabó. Lo he dicho y lo afirmo. El tratado de libre comercio con la Unión Europea, el tratado de libre comercio con Japón y el tratado de libre comercio con Corea obliga al Perú a tener control de fusiones y concentraciones. Los tratados tienen dos tipos de obligaciones, las explícitas y las implícitas. Explícitas como por ejemplo las del capítulo de propiedad intelectual en el TLC con Estados Unidos y las implícitas. En el caso de Japón, en que se tiene que hacer notificaciones y en el caso de la Unión Europea que explícitamente se ha dicho “entendemos por libre competencia 1, 2 y 3”, incluido el control de fusiones y concentraciones y el de Corea, que dice “entendemos que para los efectos de este tratado se entenderá 1, 2 y 3” y se incluye control de fusiones y concentraciones. Esto nos genera la obligación de tener dicho instrumento.

Alejandro Falla Jara: Yo respeto la posición de Lucho en ese punto, pero de la opinión de expertos y de gente que ha trabajado directamente en esos tratados, la lectura no es así. El fraseo del convenio y su espíritu no fuerzan a los países a adoptar legislación en ese sentido.

Apéndice

Bibliografía nacional

CARRILLO PURIN, Diego. *El moderno control de fusiones económicas en la defensa de la libre competencia: una necesaria revisión de los argumentos que se oponen a su implementación en el Perú*. Tesis para optar el título profesional de abogado por la Universidad de Lima. Lima, 2011

DURAND CARRIÓN, Julio. *Construyendo un sistema de control de fusiones para evitar distorsiones en la libre competencia*. En: *Derecho & sociedad*. Año 18. No. 28. Lima, 2007.

DURAND CARRIÓN, Julio. *El control de fusiones como defensa de la libre competencia*.

En: *Coyuntura*. No. 6. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, marzo-abril 2006.

FERNÁNDEZ, Francisco Marcos. *El sistema de control de concentraciones empresariales en la nueva ley de defensa de la competencia*. En: *Advocatus*. No 17. Lima, marzo 2008.

GALLARDO KU, José. *Concentraciones horizontales en la actividad de generación eléctrica: el caso peruano*. Lima: OSINERG, 2004.

LAMA MORE, Héctor Enrique. *El control previo de fusiones*. En: *Actualidad jurídica*. N° 165. Lima, agosto 2007.

LAMA MORE, Héctor Enrique. *El origen y control de las concentraciones económicas*. En: *Revista jurídica del Perú*. No. 76. Lima, junio 2007.

QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. *¿Rezando entre tinieblas?: el credo del control de concentraciones empresariales*. En: *Thémis 2da. época*. No. 39. Lima, 1999.

REBAZA, Alberto. *El control de adquisiciones y fusiones en la nueva Ley Antimonopolio del sector eléctrico: una raya más al tigre del intervencionismo*. En: *Thémis 2da. época*. No. 36. Lima, 1997.

ROJAS LEO, Juan Francisco. *El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del derecho de la competencia*. En: OTERO LASTRES, José y otros (coordinadores). *Temas actuales de derecho de la empresa*. Lima: Palestra, 2006.

SALAS KUSIANOVICH, Úrsula Rita. *El control previo de fusiones en el Perú en el marco de la libre competencia*. Tesis para optar el título profesional de Abogado por la Universidad de Lima. Lima, 2002.

SARANGO SEMINARIO, Luis Alberto. *Control o no control de fusiones en la industria regulada: extendiendo el caso del sector eléctrico al mercado de gas natural*. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho de la empresa con mención en regulación de servicios públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2010.

TÁVARA MARTÍN, José y Luis DIEZ CANSECO NUÑEZ. *Estabilizando el péndulo: control de fusiones y concentraciones en el Perú*. En: *Thémis 2da. época*. No. 47. Lima, 2003.

TOVAR MENA, Teresa. *A propósito del control de fusiones: algunas lecciones de la experiencia norteamericana*. En: IUS ET VERITAS. Año 15. No. 30. Lima, 2005. 