

ASPECTOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LOS MONOPOLIOS EN EL DECRETO LEGISLATIVO 701

POR DANTE MENDOZA

El Monopolio por sí mismo no se encuentra prohibido. Aquello que es perseguido y sancionado por la ley es el abuso que puedan realizar los agentes económicos que detentan una posición de dominio en el mercado.

Un esquema de política económica basado en la libre competencia implica que los agentes que concurren al mercado puedan adoptar sus decisiones en función de la libre confluencia de la oferta y la demanda.

En el plano teórico, esta situación no admite interferencia alguna, y sin embargo, el Estado a través del mecanismo de una "Comisión de Libre Competencia", se permite "vigilarla" a fin de evitar que se presenten **"(...)prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia"**⁽¹⁾.

A continuación, se esbozan algunas ideas que buscan explicar el por qué de esta actividad estatal, y la forma en que se ha establecido en nuestra legislación el control de las prácticas consideradas como monopólicas o abusivas.

En el diario devenir de las actividades económicas, es posible distinguir hasta tres tipos de monopolios: los monopolios de derecho, los monopolios naturales y los monopolios de hecho.

Los monopolios de derecho son aquellos que resultan de la reserva que realiza el Estado para sí de determinadas actividades económicas. Estas reservas se plasman en leyes que excluyen a los particulares de toda posibilidad de competencia.

Los monopolios de derecho han sido abolidos en nuestro país siendo que, incluso, la participación estatal en las actividades económicas ha sido limitada, constitucionalmente, a desarrollar una función supletoria de la actividad privada. Por lo tanto, no es este tipo de monopolio aquel que por lo general le interesa a la libre competencia.

Los monopolios naturales se presentan en aquellas actividades económicas en las que no resulta rentable la existencia de más de un agente desarrollándola. Los servicios públicos de luz, agua y teléfono suelen ser ejemplos de este tipo de monopolios.

Para que se presente un monopolio natural es necesario que confluayan un conjunto de circuns-

tancias referidas, fundamentalmente, a las características propias de cada mercado. Así, en una ciudad como Ayacucho, con alrededor de 100,000 habitantes, no se justificará una inversión para instalar un servicio telefónico alternativo. Sin embargo, en Lima, con sus casi 8 millones de habitantes ello resulta un atractivo mercado.

Hoy en día, la existencia misma de los monopolios naturales es impugnada, dado que se considera que la competencia es posible siempre y en todas las actividades económicas. En nuestro país, en principio, tampoco son de interés para la libre competencia los monopolios naturales, dado que ellos son objeto de una regulación especial, persistiendo, todavía, en estos casos, políticas de control de precios y de calidad de servicio, tareas éstas, que han sido encargadas a organismos especiales, tales como OSIPTEL o la Superintendencia de Servicios de Saneamiento.

Los monopolios de hecho surgen cuando un solo agente económico se dedica al desarrollo de una actividad. Ello se presenta bien cuando a un solo agente económico se le ha ocurrido desarrollar la actividad, o cuando luego de un proceso de «competencia y selección natural», el consumidor con sus preferencias o el resto de competidores, menos eficientes, generan que sólo exista un agente en el mercado específico.

En esta situación, no sería lógico sancionar a este «monopolio», dado que, de hacerlo, se estaría reprimiendo el éxito empresarial y desalentando el desarrollo del comercio.

La mayor parte de economistas están de acuerdo en que todo monopolio lleva inserto en sí mismo el germen de su propia destrucción. La misma lógica del sistema genera que un mercado monopólico sea atractivo, dado que al desaparecer la competencia desaparece también la necesidad de seguir esforzándose por brindar al público una mejor calidad a un mejor precio.

Escasa o nula competencia y consumidores «cautivos» son normalmente acompañados por precios altos, todo lo cual determina que siempre existan agentes económicos interesados en ingresar a competir.

Dante Mendoza

Antonioli

•Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

•Estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico de la PUCP.

•Profesor del curso de Tutela Jurídica del Consumidor en la Universidad de Lima.

•Secretario del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

1 Decreto Legislativo 701, artículo 1.

Sin embargo, cuando una empresa es la única en el mercado o, sin ser la única, tiene una posición preponderante en el mismo, suele suceder que se vea expuesta a «tentaciones» y presente conductas anómalas destinadas a perennizar esta situación monopólica, o a generar, que en otro nivel de la competencia (ya sea el de sus proveedores o el de sus clientes), algún otro agente económico conquiste una posición similar de dominio.

Estas conductas anómalas se denominan prácticas abusivas o de «abuso de una posición dominante en el mercado». Es el Decreto Legislativo 701, norma que «protege» la libre competencia en el Perú el que las ha prohibido, estableciendo un mecanismo de investigación y sanción, a través de una «Comisión de Libre Competencia», que busca asegurar condiciones mínimas para el desarrollo de un sistema de política económica basado en el respeto de la libertad.

ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO

Antes de ingresar al análisis de las conductas que son consideradas como abusivas, y por tanto, prohibidas, es preciso determinar qué es lo que entiende nuestra legislación por «posición de dominio».

Una empresa o varias compañías vinculadas (grupo empresarial) tienen una posición de dominio cuando pueden actuar en el mercado de manera independiente, esto es, sin que la conducta que puedan observar sus competidores, proveedores o clientes, afecte mayormente las decisiones que tenga que adoptar respecto a precios, calidad de los productos, canales de distribución etc.

En términos del Decreto Legislativo 701, una empresa ostentará una posición de dominio en el mercado cuando pueda actuar con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. Si puede actuar con independencia de sus competidores, es porque no está expuesta a una competencia significativa. El hecho que pueda hacerlo con relación a sus compradores o clientes, brinda un claro indicio del poder que se tiene en el mercado sobre el producto que se trate; y, la independencia en relación a los proveedores descubre casos de monopsonio u oligopsonio.

En este orden de ideas es importante distinguir el concepto de «empresa líder» de aquel de «empresa en posición de dominio». El concepto de empresa líder pertenece al mundo empresarial y está prestado de la terminología del *marketing* y las ventas. Su significado puede variar. Así, por ejemplo, se puede hablar de un líder del mercado refiriéndonos a una empresa que es la que mayor volumen de ventas ha generado en un determinado período; o, en relación a la que mayores beneficios económicos ha obtenido en el mismo lapso de tiempo.

Una empresa líder, no necesariamente es una empresa que domine el mercado. El mercado de la leche en el Perú es un claro ejemplo de ello. Hay un grupo de empresas compitiendo entre sí por un «liderazgo» que sin embargo, desde hace algún tiempo, suele ser efímero, dado que cualquier variación, por mínima que sea, en el comportamiento de quien ha logrado ser «líder», puede generar que la competencia le arrebatase ese lugar de privilegio.

Una empresa dominante, por el contrario, muy difícilmente pierde esa condición. La posición de dominio no se determina únicamente por los niveles de venta o utilidad que pueda tener un determinado agente económico. Es preciso realizar, además, un análisis de aspectos tales como condiciones de acceso al mercado, el grado de concentración económica del sector que se trate, las características propias del producto, el comportamiento de la clientela, el avance tecnológico, el mayor o menor grado de integración de la actividad industrial o comercial entre otras.

Para determinar la posición de dominio de un agente económico, es indispensable que previamente se determine el segmento del mercado en el que se es dominante. A este segmento de mercado se le denomina «mercado relevante».

Para determinar el mercado relevante a su turno, existen hasta tres criterios. El primero de ellos se centra en el análisis de la existencia de productos similares que puedan resultar alternativos o sustitutos, ya sea en función a su precio, el prestigio de la marca, el uso que tenga, etc. Para el caso de la cerveza, por ejemplo, ingresarán al análisis tanto aquellas «ligeras» como las «fuertes» de todas las marcas que coexisten en nuestro mercado, y habrán

La posición no se determina sólo por los niveles de venta o utilidad que tenga un agente económico.

incluso casos, en que las maltas también sean consideradas.

El segundo criterio apunta a determinar una zona geográfica en la que existan condiciones más o menos homogéneas para los distintos competidores. La Comisión de Libre Competencia, por ejemplo, en el caso de FONGALSUR con GLORIA S.A., entendió que, dadas las características geográficas especiales de la zona, correspondía establecer como mercado relevante para el análisis de la existencia de una posición de dominio, a la cuenca lechera del sur del país (Arequipa, Moquegua y Tacna).

Una vez determinado el mercado relevante, y verificada la existencia de posición de dominio, es que recién se puede establecer una situación de abuso, la misma que se presenta cuando un agente económico que se encuentra en posición dominante, por cualquier medio, se procura una ventaja artificial, que, de haber operado en condiciones normales en el mercado, no habría obtenido.

La ley peruana contempla cinco supuesto de conductas abusivas, de las cuales tres son co-

El que algunos
se beneficien
y otros se
perjudiquen
es el resultado
del juego
del mercado.

munes en la legislación comparada, y dos son innovaciones, consideradas necesarias por el legislador nacional. En las siguientes líneas se realizará un breve análisis de las tres primeras.

El primero de los supuestos de abuso, se presenta cuando quien ostenta una posición de dominio se **niega a satisfacer pedidos provenientes del mercado local**.

La ley entiende que, si bien es cierto que en una economía de libre mercado los agentes económicos deben orientar sus acciones en función del libre juego de la oferta y la demanda, con completa libertad de actuación empresarial, no lo es menos que quienes ostentan una situación de privilegio deben encauzar ésta de modo tal que no generen un daño socialmente indeseado.

El principio constitucional de la libre empresa no es absoluto, y tiene, entre otros límites, al

principio constitucional de la libre competencia que implica la prohibición de determinadas conductas consideradas como de abuso de posición de dominio o restrictivas de la libre competencia.

En función de ello, un comerciante cualquiera puede escoger a sus clientes y decidir con completa libertad a quien le vende y a quien no. Finalmente serán los propios consumidores quienes, con sus decisiones de compra, determinarán el éxito o no de este comerciante. A diferencia de ello, quien ostenta una posición de dominio, a no ser que medie una «causa justificada»⁽²⁾ no puede negarse a satisfacer un pedido.

Cuando un agente domina el mercado de un producto específico, son otras empresas, ubicadas en otro nivel de la etapa de producción o distribución, las que incorporan en sus respectivos procesos, los bienes que les son suministrados por la dominante. Por ello, una negativa de venta hacia alguna de ellas, puede ser la diferencia entre el éxito o el fracaso empresarial de éstas.

El segundo supuesto de abuso, es el de la **imposición de condiciones discriminatorias**. Se presenta cuando un agente económico, que domina un determinado mercado, establece en condiciones distintas, relaciones comerciales con otros agentes que compiten entre sí, generando con su conducta que algunos se vean beneficiados con una mejor posición en el mercado.

El que algunos se beneficien y otros se perjudiquen es el resultado del juego del mercado. Sin embargo, cuando la ventaja que un competidor obtiene sobre otro, lejos de ser obtenida en función de una mayor eficiencia, es alcanzada porque un tercero (con poder suficiente) ajeno a la relación de competencia lo decide, se constituye una situación de abuso tipificada en nuestra legislación sobre libre competencia.

Las situaciones de discriminación pueden ser de muy distinto tipo, siendo la más común la de precios. Sobre este punto resulta importante distinguir los conceptos de «precios diferenciados» y de «discriminación de precios». En el primer caso, un mismo producto es vendido a diferentes compradores a precios distintos, manteniendo un determinado margen de utilidad, en tanto que en el segundo se obtienen distintos márgenes de utilidad en operaciones idénticas o similares.

Este tipo de discriminación suele presentarse persistentemente o en forma sistemática sólo cuando un agente económico detenta una posi-

2 Por ejemplo, que existan facturas pendientes de pago.

ción de dominio. El resultado de ello es segregar del mercado a quienes, encontrándose en otro nivel de la cadena de comercialización o producción, dependen del agente dominante siendo perjudicados por la política discriminatoria en favor de sus competidores. En el caso que el agente discriminador no domine el mercado, no será posible que genere daño alguno, dado que los eventuales «discriminados», fácilmente podrán optar por un proveedor alternativo.

Es común que en forma esporádica se presenten en el mercado precios distintos para un mismo bien, generando distintos márgenes de utilidad para el o los «discriminadores». En estos casos se suele hablar de un mercado sano, en el cual se dan los supuestos de competitividad, por cuanto esta práctica es un mecanismo para balancear la oferta de un determinado bien con su demanda. En estos casos, la tendencia debe ser la de girar alrededor del costo marginal, dado que lo contrario, muchas veces es un indicativo de la existencia de un cartel de precios.

Ahora bien, la discriminación no se limita sólo a precios, pudiéndose presentar también en lo referido a cualquier otra condición de comercialización. En estos casos se suelen presentar situaciones de discriminación indirecta, consistentes en otorgar determinados beneficios a los agentes económicos que cumplan con ciertos requisitos, los mismos que son fijados de tal modo que sólo un porcentaje muy reducido de ellos (o uno sólo) pueden acceder a ellos.

No obstante lo anteriormente expresado, el aplicar condiciones distintas a prestaciones equivalentes no constituye siempre una práctica prohibida por la Ley. El mismo Decreto Legislativo 701 contempla situaciones de excepción en las que se permite aplicar condiciones desiguales para prestaciones que aparentemente son similares, pero que por razones intrínsecas a la misma operación, determinan una diferen-

ciación entre una y otra, justificando de ese modo las diferencias. De esta manera, las discriminaciones que se basen en factores tales como «cliente antiguo», «precio contado», etc., en la medida que sean «razonables»⁽³⁾, no serán reprimidas.

El tercer supuesto de infracción a las normas de libre competencia, mediante la modalidad de abuso de posición de dominio, es la de la **imposición de prestaciones suplementarias**, o de **cláusulas de atadura**.

Esta se presenta cuando un agente en posición dominante condiciona la realización de una operación comercial a la celebración de otra operación que no necesariamente sea complementaria, o que aún siéndolo, no es deseada por la parte adquirente.

Un ejemplo relativamente común es el que, si en el país existiese alguna empresa de fotocopadoras con posición de dominio en el mercado, ésta no podría condicionar la venta o alquiler de sus máquinas al uso de determinado papel o tinta, a no ser que existan causas técnicas justificadas para ello.

Existen por supuesto casos que presentan una mayor complejidad, como cuando estamos ante patentes cruzadas o contratos de suministro exclusivo, ejemplos que dejaremos para un posterior análisis. No obstante, sí debe quedar establecido que, cuando de contratos de atadura se trata, éstos únicamente se justificarán en la medida que el consumidor se beneficie directamente de la atadura sea a través del aseguramiento de un mejor precio o una mayor calidad. De no ser así, los contratos de atadura, por significar en sí mismos, una restricción de la competencia, tenderán a ser prohibidos.

³ Es un tema subjetivo, pero se refiere a que las diferencias entre uno y otro sean las usuales en el mercado específico y no escondan una actitud discriminatoria.