

La Ley de Defensa de la Competencia en el Perú: **Reflexiones Generales y Comentarios al Anteproyecto que se Discute en el Congreso**

Jorge Fernández-Baca*

En el presente artículo, el autor nos otorga un marco general sobre la regulación antimonopólica, sus orígenes e implicancias actuales. Asimismo presenta algunas reflexiones a tomar en cuenta acerca del nuevo Proyecto de Defensa de la Competencia en aspectos como tipificación, control, organismos encargados, etc; para, finalmente brindar una recomendación respecto a la reglamentación actual de competencia.

1. Antecedentes

La legislación antimonopólica en el Perú no ha cumplido todavía quince años de existencia, y si se la compara con la estadounidense, con más de un siglo de antigüedad, se puede decir que recién está ingresando en su etapa de adolescencia. En efecto, tanto en nuestro país, como en el resto de Latinoamérica, predominó durante mucho tiempo la idea de que la única manera de defender al consumidor era fortaleciendo la intervención del Estado, a través de controles de precios y de monopolios estatales en las industrias “estratégicas”.

La noción de que tener mercados competitivos era mucho más simple y eficiente que miles de controles y de empresas públicas tardó mucho tiempo para entrar en la cabeza, no solo de nuestros legisladores, sino de nuestros académicos. Una de las raras excepciones fue la del Dr. Roberto MacLean, quien a fines de la década del setenta, cuando estaba por finalizar el gobierno del General Morales Bermúdez, recibió la solicitud de redactar un anteproyecto de ley antimonopólica, para el entonces Ministro de Economía y Finanzas, Javier Silva Ruede.

El texto redactado por MacLean, con el nombre de “Anteproyecto de Decreto Ley Regulando La Libre

Concurrencia en el Mercado” no solo tenía el mérito de ser el primero en nuestro país, sino que era largamente superior a las leyes entonces existentes en Brasil y Colombia. Dichas leyes habían sido promulgadas en la década del sesenta, pero no se cumplían en la práctica.

MacLean se inspiró en la legislación europea para distinguir entre las prácticas que eran restrictivas de la competencia per se y aquellas que constituían un abuso de posición de dominio. Es decir, mientras que las primeras debían ser consideradas ilegales en cualquier caso, independientemente de quien las realice, las segundas solo lo eran en la medida en que eran realizadas por una empresa con posición de dominio en el mercado, y que estas afecten a los consumidores. Otra de los elementos novedosos era el control de las fusiones y absorciones. En efecto, en el inciso j) del artículo 5° del referido anteproyecto declaraba ilegal “la adquisición directa o indirecta que una persona natural o jurídica realice de todo o parte de las acciones, cuotas, derechos, títulos o participaciones en el capital de otra persona jurídica o de su activo, cuando esa adquisición tenga por objeto ejercer prácticas abusivas de una posición de dominio en el mercado o restringir o suprimir la competencia o eliminar los precios de competencia leal para los consumidores o usuarios

* Candidato a doctor de la Universidad de Paris I, Francia. Profesor Principal de la Facultad de Economía de la Universidad del Pacífico. Ha sido Presidente del Tribunal de Indecopi y actualmente es miembro del Cuerpo Colegiado del Órgano Supervisor de la inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). Dicta los cursos de Organización de Mercados e Historia del Pensamiento Económico en el departamento de economía de la Universidad del Pacífico.

El entusiasmo del Dr. Lean lo condujo, sin embargo, a incorporar temas dentro del anteproyecto que hoy en día forman parte de leyes relacionadas con la protección a los consumidores, pero que tratan sobre áreas distintas de la defensa de la competencia propiamente dicha. Así, por ejemplo, en el inciso g) del referido artículo 5° se prohibía la venta a crédito sin estipular las condiciones del préstamo, tema que hoy en día es regulado por la Superintendencia de Banca y Seguros y por la Ley de Protección al Consumidor. Asimismo, en el inciso h) se prohibían las prácticas para crear confusión en los consumidores o para desacreditar a los competidores, que hoy en día son objeto de la Ley de Competencia Desleal. Asimismo, en el inciso f) se hacía referencia a la importación con precios que dañan a los productores nacionales, y que hoy en día son materia de las leyes antidumping.

Por otro lado, el anteproyecto todavía no logró liberarse totalmente del espíritu pro estatista de la década del setenta al señalar entre las excepciones a ley a aquellos actos donde sea parte el Estado, así como "los acuerdos o actos de una empresa parcial o totalmente de propiedad del Estado, que son necesarios para la realización de sus fines específicos"¹.

Estas limitaciones fueron corregidas en el proyecto que presentó el Instituto Libertad y Democracia (ILD) en 1987, como una respuesta al discurso antimonopólico del entonces presidente, Alan García Pérez, que culminó en la nacionalización de la empresa Gloria. Debe recordarse que en dicho año la empresa norteamericana Gloria fue absorbida por el grupo Nestlé, y que esta operación realizada a nivel internacional trajo como resultado el control de las dos plantas productoras de leche evaporada en manos de un mismo grupo. Para la realización de dicho proyecto, se formó un grupo de trabajo dirigido por el suscrito y que contó con la colaboración del Dr. MacLean así como de los profesores Warren Schartz de la Universidad de Yale y Lawrence White de la New York University. Este último había sido miembro de la División Antimonopólica del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

La propuesta del ILD estuvo basada en la distinción que había hecho el Dr. MacLean entre prácticas ilegales per se y prácticas que constituían abuso de posición dominante, depurando aquellas prácticas que como ya se señaló arriba eran materia de otras legislaciones. Asimismo, se hacía una descripción más elaborada de aquellas prácticas que son consideradas como restricciones verticales: precios tope, segmentación de mercados, distribución exclusiva y discriminación de precios, principalmente. En ausencia de una institución que pueda aplicar la ley, se formuló la misma propuesta que había planteado el Dr. MacLean, es decir, encargar

a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores de velar por su cumplimiento.

2. La Experiencia en Manos del Indecopi

En noviembre de 1991, a poco más de un año del inicio de las reformas liberalizadoras de la economía peruana, se emitió el Decreto Legislativo 701 sobre la "Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia". En el artículo 5° se establecen los casos que constituyen abuso de posición de dominio:²

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.
- b) La aplicación de relaciones comerciales desiguales para prestaciones equivalentes (discriminación de precios).
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de los contratos (ventas atadas).
- d) Otros casos de efecto equivalente.

En el artículo 6° se señalan cuáles son las prácticas restrictivas de la libre competencia (infracciones per-se):³

- a) La fijación concertada de precios.
- b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- c) El reparto de cuotas de producción.
- d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor.
- e) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- f) g) y h) Son iguales que las prácticas a), b) y c) del artículo 5°.⁴
- i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.
- j) Otros casos de efecto equivalente.

1 Incisos b) y e) del artículo 6° del anteproyecto del Dr. MacLean.

2 Algunas de las definiciones relativas a estas prácticas han sido modificadas por el Decreto Legislativo N° 807 de abril de 1996. Las definiciones que aquí se mencionan incorporan dichas modificaciones.

3 Igual que la nota de página anterior.

4 Aparentemente, el criterio del legislador habría sido distinguir la realización de dichas prácticas cuando las realiza una empresa que aprovecha su posición de dominio en el mercado, de aquellos casos cuando realizan en forma individual concertada para eliminar a los competidores. En todo caso, el autor no está de acuerdo con esta distinción.

Como se puede apreciar, existe una curiosa repetición de tres prácticas que aparecen tanto como abuso de posición dominante, como de restricciones de la competencia per se. Tampoco se hace mención a las fusiones y absorciones. En otras palabras, no se tomó en cuenta la experiencia anterior en cuanto a propuestas para una ley similar.

El organismo encargado de aplicar esta ley es la Comisión de Libre Competencia del Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Esta comisión, a diferencia del Federal Trade Commission, puede emitir resoluciones administrativas en primera instancia. Estas resoluciones son apelables, en segunda instancia administrativa, ante el Tribunal del INDECOPI. Una vez agotada la vía administrativa, la parte inconforme puede apelar ante la Corte Suprema de Justicia.

Es interesante remarcar que, si bien no se llegó a dictar una norma de carácter general que regule las fusiones y absorciones, como ocurre en los casos de Estados Unidos, Europa y muchos países del mundo, sí existe una norma específica para el sector eléctrico. En efecto, en noviembre de 1997 se dictó la Ley N° 26876, denominada "Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico." De acuerdo con el artículo 1° de esta ley, las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa, siempre que puedan disminuir, dañar o impedir la competencia. En el artículo 3° se establece dicha solicitud que se refiere a aquellos procesos donde las empresas involucradas tienen en forma conjunta o separada una participación igual o mayor de 15% en los actos de concentración horizontal y 5% en los actos de concentración vertical. Asimismo, se señala que la entidad encargada de otorgar la autorización es la Comisión de Libre Competencia del Indecopi.

Entre los casos más importantes de prácticas restrictivas per se, resueltos en Indecopi, se encuentran las denuncias y las respectivas sanciones aplicadas a los gremios de transportistas, las empresas de molienda de trigo y la Asociación de Productores Avícolas (APA), por haber concertado las tarifas de transporte urbano, el precio de la harina de trigo y el precio del pollo, respectivamente. En el primer caso, la comisión formuló una denuncia de oficio contra los gremios de transportistas y el propio Ministerio de Economía y Finanzas por coordinar las alzas de los precios de los pasajes y hacerlas públicas. La denuncia fue declarada fundada, pero solo se aplicó una amonestación debido a que las partes involucradas reconocieron su error e hicieron manifiesta su intención de no volver a realizar las prácticas consideradas ilícitas⁵

En el segundo caso también se trató de una denuncia de oficio, esta vez contra los industriales panaderos, el Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias (SIN) y dieciocho empresas molineras, por presunta concertación de los precios de la harina de trigo. La denuncia fue declarada fundada para once las empresas involucradas,⁶ a las cuales se les aplicó una multa. Bastante similar fue la acción de oficio contra la APA, por una presunta concertación en la comercialización del pollo vivo, tanto en lo referente a los precios como de los volúmenes puestos en venta. La denuncia fue declarada fundada en los aspectos relacionados con la concertación de precios, mediante la Resolución N° 001-97-INDECOPI-CLC, la cual también impuso multas a las empresas infractoras.

En lo que se refiere al abuso de posición de dominio, destacan las resoluciones dictadas contra dos empresas estatales: la Empresa Nacional de Puertos (ENAPU) y la Empresa Nacional de la Coca (ENACO). En el primer caso se declaró fundada la denuncia planteada por la Empresa de Servicios Técnicos Marítimos S.A. (SERTEMAR) a ENAPU por bloquear el acceso de remolcadores privados para prestar servicios a las embarcaciones que hacen uso del muelle.⁷ En el segundo se declaró ilegal la negativa a vender la hoja de coca, por parte de ENACO,⁸ a un fabricante privado de bolsas filtrantes de bebidas aromáticas, la Empresa Industrial Comercial Holguín e Hijos S.A.⁹

Respecto a la aplicación de la Ley N° 26876, para las concentraciones en el sector eléctrico, se han tratado dos casos importantes. El primer caso se refiere a las operaciones de adquisición de acciones que permitieron que Endesa España (EE), llegara a controlar el 64% del capital de Enersis S.A. (Enersis), originalmente de propiedad de un grupo chileno, y que tuvieron lugar entre agosto de 1997 y abril de 1999. La primera empresa era propietaria de varias generadoras eléctricas en el Perú,¹⁰ mientras que la segunda era accionista mayoritario de Edelnor y participaba indirectamente de la propiedad de la generadora EDEGEL, a través de su participación en ENDESA Chile (ECH). En abril de 1999 las tres empresas eléctricas vinculadas a EE notificaron las operaciones realizadas a la comisión, pero luego de que EE, mediante una nueva operación, pasara a controlar el 60% de ECH, se hizo una segunda notificación en julio del mismo año. Las empresas señalaron que no estaban obligadas a solicitar permiso para realizar estas operaciones, puesto que las compras de acciones tuvieron lugar en el extranjero. La comisión estableció que sí correspondía notificar las operaciones con anterioridad a su realización, e impuso una multa a las empresas involucradas.¹¹ Sin embargo, la concentración fue declarada legal, a condición de que se cumplan las siguientes condiciones:

5 Resolución N° 015-93-CLC.

6 Resolución N° 047-95-CLC

7 Resolución N° 014-93-CLC

8 ENACO es la empresa estatal que tiene el monopolio legal en el acopio y comercialización de la hoja de coca.

9 Resolución N° 016-94-CLC, del 24 de julio de 1994.

10 Empresa Eléctrica Ventanilla (Etevensa) y Empresa Eléctrica de Piura (Eepsa)

11 Resolución 012-99-CLC

- Que una de las tres empresas Edegel, Etevensa o Eepsa, se abstenga de votar en el COES.¹²
- Que EDELNOR licite sus adquisiciones de energía eléctrica cuando se venzan los contratos vigentes.

En el segundo caso las empresas PSG Global Inc. y Tractebel S.A., solicitaron autorización a la Comisión para participar en la concesión de la empresa de Electricidad de los Andes S.A. (Electroandes). La primera es propietaria las empresas de distribución Luz del Sur y Edecañete, mientras que la segunda es propietaria de la empresa de generación eléctrica Energía del Sur (ENESUR). En ambos casos se estableció que no existían riesgos potenciales sobre la competencia.¹³

3. El Nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia

a) Comentarios respecto a la tipificación de las infracciones

El proyecto señala en su exposición de motivos la necesidad de mejorar la redacción del Decreto Legislativo 701, siguiendo la técnica legislativa del Tratado de Roma, que dio origen a la Comunidad Económica Europea. Como es bien sabido, una de las principales cualidades de dicho tratado es la distinción entre las prácticas denominadas colusorias y las que constituyen un abuso de una posición de dominio. Las primeras son consideradas ilegales per se, y son objeto de sanciones muy severas que pueden llegar hasta la prisión. En cambio, las segundas deben ser analizadas bajo la regla de la razón, es decir, son sujetas a una análisis de costo beneficio para determinar su conveniencia para los consumidores, al mismo tiempo que las sanciones no tienen el mismo grado de severidad. Dada la distinta naturaleza de estos dos tipos de prácticas, es importante que la ley las distinga explícitamente para que tanto el legislador como las empresas denunciadas y denunciadas tengan claras las reglas de juego de la competencia.

Uno de las principales limitaciones del Decreto Legislativo era la confusión entre ambas categorías de infracciones. El proyecto de ley no supera dicha limitación porque la gran mayoría de prácticas que son consideradas como colusorias vuelven a ser consideradas como abuso de posición de dominio. En efecto, de las once prácticas que se enumeran en el artículo 5° que tipifica las prácticas colusorias, solo las cuatro primeras corresponden propiamente a actuaciones que afectan el funcionamiento del mercado independientemente de quien las realiza. Las siete prácticas restantes, que aparecen en los numerales e) al k), son realmente abuso de posición de dominio y de hecho se repiten en el artículo 10°.

En este sentido, se recomienda que en el artículo se mantengan únicamente las prácticas numeradas en los acápite del a) al d) y eliminar el resto. Por otro lado, en el artículo 10° el acápite b) introduce el concepto de prácticas explotativas, que no solamente no está adecuadamente definido, sino que no existe dentro de las legislaciones más conocidas.

b) Respecto al control de las concentraciones empresariales.

El artículo V del proyecto de ley contiene una serie de disposiciones sobre el control de las prácticas empresariales. Este es un tema muy delicado que requiere de un análisis muy cuidadoso. Por nuestra parte, tenemos dos comentarios específicos;

“(…) la gran mayoría de prácticas que son consideradas como colusorias vuelven a ser consideradas como abuso de posición de dominio.”

i) Respecto al monto de las ventas que define las concentraciones que deben ser reguladas. El artículo 37° fija una suma de 100,000 UITs que se aplica a todos los sectores económicos sin distinción. Es decir, se aplica tanto a industrias muy poco intensivas en capital como a aquellas altamente intensivas. Por lo tanto, este tope podría dejar de lado concentraciones en sectores muy poco intensivos en capital donde una fusión o absorción puede ser peligrosa sin llegar siquiera a una fracción de la suma mencionada en el proyecto. Del mismo modo, se podría estar siendo demasiado riguroso en sectores altamente intensivos en capital donde dicha suma no es peligrosa para el prevalecimiento de competencia.

En este sentido, se recomienda no mencionar sumas sino participaciones del mercado, como por ejemplo, 70% de las ventas, para definir las concentraciones que deben ser reguladas.

ii) La aplicación de este control requiere de un órgano altamente calificado e independiente. Por este motivo, preocupa la dependencia que tiene actualmente Indecopi respecto a la PCM, para el nombramiento de sus directores. Esto a comparación de lo que ocurría en años anteriores, donde la dependencia se daba respecto al MITINCI. En el contexto actual se recomendaría una dependencia

12 Comité de Operación Económica del Sector Eléctrico. El COES es una institución integrada por las empresas de generación y transmisión principal, cuya función es minimizar el costo de operación del sistema eléctrico preservando la seguridad del suministro. Su Directorio decide el orden en que las empresas entran a despechar en el sistema eléctrico, de acuerdo con el costo de operación.

13 Resoluciones N°s 30-2001-CLC y 31-2001-CLC.

respecto al MINCETUR al MEF que son los ministerios más preocupados de mantener las reglas de juego de la competencia.

c) Respecto al órgano competente para la aplicación de la ley

El artículo 54° del proyecto señala a la Comisión de Libre Competencia del Indecopi como el único organismo competente para aplicar la ley. Debe recordarse que actualmente existe una excepción para el sector de telecomunicaciones, donde la aplicación está a cargo de OSIPTEL, que es el órgano regulador de dicho sector.

Debe remarcarse que la industria de las telecomunicaciones se caracteriza por la complejidad de sus procesos tecnológicos y la velocidad con que avanzan las innovaciones. La regulación de todos los aspectos relacionados con esta industria requiere de un

personal altamente especializado que ya se encuentra en OSIPTEL. El personal de Indecopi, en cambio, no tiene experiencia en este sector. Aspectos como el costo y la factibilidad de las interconexiones, la operación y el control de espectros son de una alta complejidad y solo pueden ser analizados adecuadamente por el personal de OSIPTEL. Incluso en Estados Unidos, la regulación de las telecomunicaciones está a cargo del Federal Communications Commission (FCC) y no del órgano equivalente al Indecopi que sería el Federal Trade Commission (FTC). En otros sectores como el de la electricidad la tecnología es conocida y no existen avances importantes, lo que permite su análisis por parte del personal del Indecopi.

Por estas razones sugerimos mantener la reglamentación actual que le otorga Indecopi la competencia para la aplicación de la ley en todos los sectores, excepto las telecomunicaciones, y que este sector siga siendo regulado por OSIPTEL 