

La Necesidad de Tomar Nuevos Rumbos en la Aplicación de Políticas de Competencia en el Perú: A Propósito de las Prácticas Anticompetitivas de Precios*

Martha Martínez Licetti**
Eduardo Quintana Sánchez***

“En el presente artículo los autores parten por reflexionar sobre la evolución de las normas de libre competencia en los Estados Unidos y la Comunidad Europea, para luego examinar cómo estos postulados han sido adoptados por el INDECOPI. A raíz de ello, cuestionan los cambios en el análisis y en los criterios de interpretación que ha venido utilizando dicha entidad con respecto a las prácticas anticompetitivas de precios en los últimos años.”

Introducción

Los objetivos perseguidos al establecer normas de libre competencia demuestran opciones de políticas públicas así como la influencia de ideas económico-legales. Los criterios de interpretación utilizados en la jurisprudencia de aplicación de tales normas suelen reflejar suficientemente este conjunto de ideas y valores, así como su cambio y evolución.

Las experiencias de Estados Unidos y la Comunidad Europea suelen tomarse como parámetros de comparación para evaluar el avance de las políticas de competencia en países en vías de desarrollo como el Perú. Si bien dichas experiencias muestran diferencias en su fecha de origen, objetivos iniciales, y criterios de interpretación; recientemente han dado muestras de notorio acercamiento y confluencia. Además, si bien su evolución no ha sido exactamente igual, han pasado por etapas bastante similares: protección de pequeñas empresas, preocupación notoria por la estructura y concentración del mercado,

sanción de prácticas según los criterios de ilegalidad *per se* o de regla de la razón; y más recientemente por el reconocimiento de la importancia de evaluar los efectos de eficiencia y bienestar de prácticas empresariales más complejas que tienen potencialidad anticompetitiva, unido a la revalorización del análisis económico y sus aplicaciones empíricas para sustentar dichos efectos.

El presente trabajo tiene una doble finalidad. De un lado, se muestra que pese a tener una vigencia bastante más corta, la aplicación de las normas de libre competencia en el Perú presenta interesantes semejanzas con la evolución seguida en Estados Unidos o la Comunidad Europea. De otro lado, se busca examinar si dado el punto en el que se había colocado el Perú en materia de criterios de interpretación de tales normas, ha mantenido el mismo ritmo en los últimos años para acercarse así al nivel de esas otras experiencias. En particular, se discute si la posición actual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI¹ refleja

* Las opiniones vertidas en el presente artículo son responsabilidad exclusiva de los autores y no corresponden a las instituciones en las que laboran.

** Ph.D. (c.) in Economics, Northeastern University. Profesora de la Facultad de Economía de la Universidad San Ignacio de Loyola. Asesor de la Gerencia de Relaciones Empresariales del OSIPTEL.

*** Master en Regulación de Servicios Públicos por la London School of Economics. Profesor de la Maestría en Derecho de la Empresa, Especialidad de Servicios Públicos, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado de Lema, Solari & Santiváñez Abogados.

1 El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL es la autoridad encargada de aplicar las normas de libre competencia en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones; ver: artículos 69, 76 y 78 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo 013-93-TCC; artículo 36 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley 27336; artículos 19 inciso a) y 53 inciso a) del Reglamento General del OSIPTEL, Decreto Supremo 008-2001-PCM. Sin embargo, corresponde precisar que en el presente trabajo solamente se evalúa el desempeño del INDECOPI en la aplicación de las normas de libre competencia, y no el de regulador de telecomunicaciones. Asimismo, cuando se menciona la posición del Perú en esta materia sólo se hace referencia a los criterios adoptados por el INDECOPI.

el estado de la cuestión del debate a nivel internacional, es decir, si se viene privilegiando la evaluación de los efectos de las prácticas investigadas, a través de la revalorización del análisis económico y sus aplicaciones empíricas para sustentar dichos efectos.

Para ello, en primer lugar, se explican los aspectos básicos de la evolución en el análisis y aplicación de normas de libre competencia en Estados Unidos y la Comunidad Europea. Luego de ello, se estudia las principales características de la evolución seguida por la jurisprudencia peruana en esta materia, particularmente la que corresponde a las prácticas anticompetitivas relacionadas con precios: concertación de precios, discriminación de precios, precios predatorios y los denominados precios excesivos. De esta forma, se delinea el estado de la cuestión en el Perú y se compara con lo que ocurre en otras latitudes. Finalmente, se plantean algunas apreciaciones críticas y rutas por las cuales podría avanzar la aplicación de la norma de libre competencia peruana.

I. Aspectos Básicos de la Evolución del Análisis de las Normas de Libre Competencia

La creación y posterior aplicación de las normas de libre competencia han seguido una evolución marcada por objetivos diversos y por criterios derivados de corrientes de pensamiento que avalan tales objetivos. Tanto la decisión de establecer normas de libre competencia como los criterios de interpretación utilizados en su implementación demuestran opciones de políticas públicas y una marcada influencia de ideas económico-legales. La jurisprudencia en esta materia suele reflejar suficientemente ese conjunto de ideas y valores, así como el cambio y la evolución de los mismos.

Las experiencias que típicamente se mencionan son la de Estados Unidos, por ser el origen en la aplicación de normas de libre competencia (denominadas "antitrust"), y la de la Comunidad Europea, por tratarse de un caso paradigmático de aplicación de dichas normas en un contexto de integración y mercado ampliado. Si bien ambas experiencias muestran diferencias relevantes, como por ejemplo, la época de inicio de aplicación de las normas, los objetivos iniciales que tuvieron, y los criterios de interpretación que han sido considerados; más recientemente han dado muestras de acercamiento y de confluencia.

En particular, dicha confluencia se verifica en la idea común de analizar las prácticas comerciales desde

la perspectiva de la eficiencia económica, entendida como vía para lograr el mayor bienestar del consumidor. Asimismo, también se constata en la mayor relevancia que se está dando—no sólo por la academia sino también por parte de las autoridades que aplican las norma— a la utilización de métodos y herramientas económicas más avanzadas y complejas para el estudio de las prácticas investigadas. Esto último con la finalidad de examinar más rigurosamente los efectos de eficiencia y sobre el bienestar que pueden o no tener las estrategias empresariales.

En el caso de Estados Unidos la primera norma de libre competencia (la conocida *Sherman Act* de 1890) fue producto de la presión de los grupos de interés que representaban a los pequeños productores (granjeros y pequeña industria) frente a las grandes corporaciones que se organizaron en carteles o *trusts* (los más conocidos fueron los del petróleo y de los ferrocarriles) para aplicar condiciones de venta más onerosas. Luego de ello, la historia de las posteriores normas de libre competencia que se han dictado en Estados Unidos han estado influenciadas, en mayor o menor grado, por el objetivo de proteger a grupos de interés, principalmente pequeñas empresas que se veían en riesgo de salir del mercado por la acción de los grupos empresariales más grandes (por ejemplo, debido a que éstos podían obtener condiciones de compra de insumos más ventajosas)².

En materia de evolución de corrientes de pensamiento y de criterios de interpretación suele hacerse divisiones en varias etapas³. Lo relevante de ello es que se identifica, en primer lugar, los años en que la aplicación de las normas antitrust buscaba la protección de las pequeñas empresas, en principio sin un sustento teórico muy desarrollado. Luego, se considera aquellos años en que primaron los planteamientos teóricos de quienes señalaban que era principalmente la estructura del mercado la que definía si los resultados eran competitivos o no (considerando si el número de empresas era reducido, su tamaño relativo y el grado de concentración existente), por lo cual se mostraba una marcada preferencia por tener mercados desconcentrados y con varias empresas operando (lo cual reflejaba también la finalidad de proteger a las pequeñas empresas)⁴. En esta época se prohibieron diversos casos relacionados con políticas de diferenciación de precios o estrategias que involucraban restricciones verticales de la competencia tales como la fijación de precios de reventa, el establecimiento de cláusulas de distribución exclusiva, entre otras.

2 HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise, Principle and Execution* (Estados Unidos, Harvard University Press, 2005), pp. 40-42. MOTTA, Massimo. *Competition Policy, Theory and Practice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2004), pp. 1-4.

3 Por ejemplo, Kovacic y Shapiro dividen la historia de las aplicaciones de las normas antitrust norteamericanas en 5 etapas: (i) los primeros días de la *Sherman Act* (1890-1914); (ii) el ascenso de la regla de la razón (1915-1936); (iii) el énfasis en la estructura del mercado y en las reglas de ilegalidad per se (1936-1972); (iv) el ascenso de la Escuela de Chicago (1973-1991); (v) el rumbo hacia una síntesis post-Chicago (desde 1992 en adelante). Ver: "Antitrust Policy: a Century of Economic and Legal Thinking", en: *Journal of Economic Perspectives* Vol. 14 N° 1 (2000).

4 Esta tendencia es identificada por algunos como la época en que primaban los planteamientos de la Escuela de Harvard y de los economistas seguidores de la teoría del oligopolio de Cournot. Estos planteamientos dieron lugar al denominado paradigma Estructura-Conducta-Desempeño, según el cual la estructura del mercado determina la conducta de las empresas que operan en el mismo y, finalmente, influyen los resultados competitivos o no del referido mercado. Este paradigma se sustenta en una lógica de causalidad, según el cual el desempeño de una industria respondía finalmente a su estructura y, por ende, ésta paso a convertirse en el centro del análisis, relativizándose el examen de la validez de la práctica empresarial cuestionada. Al respecto puede verse: HOVENKAMP, Op. Cit. 35-37.

Posteriormente, se distingue la época en que se desarrollaron y plasmaron las ideas de la denominada Escuela de Chicago⁵. Estos planteamientos nacieron para expresar una fuerte crítica contra la tendencia con la que se había venido aplicando las normas antitrust para frenar el crecimiento de las empresas considerando únicamente su tamaño y las condiciones estructurales del mercado, sin tener en cuenta los efectos de eficiencia que podían tener las estrategias de dichas empresas. La Escuela de Chicago se sustenta en la mayor confianza en el libre desempeño del mercado para generar efectos benéficos y, por ende, en analizar más flexiblemente el comportamiento de las empresas, sin importar que su número sea reducido pues ello no determina la posibilidad de competencia efectiva.

Uno de los principales argumentos de esta corriente de pensamiento era que lo determinante para la competencia era si las barreras de acceso al mercado eran elevadas o no, pues en función de ello es que las empresas definían sus estrategias⁶. De esta forma, ante reducidas barreras de entrada las prácticas empresariales que podrían parecer dañinas sólo reflejaban una competencia muy agresiva. La influencia de los postulados de la Escuela de Chicago se ha hecho notar en diversos casos, entre ellos, por ejemplo, el de *GTE-Silvania* (1977) en el que la Corte Suprema modificó sustancialmente su aproximación a las restricciones verticales y estableció que aquellas no relacionadas con precios (por ejemplo las de distribución exclusiva) debían dejar de ser consideradas como ilegales *per se* y pasar a ser analizadas según la regla de la razón evaluándose sus efectos en el mercado⁷.

Finalmente, en los últimos años el análisis y aplicación de las normas antitrust en Estados Unidos se ha perfilando hacia un estudio más detenido de las condiciones de mercado, no sólo en términos de la estructura de mercado, sino también considerando sus aspectos dinámicos (barreras de acceso al mercado, costos de cambio de los consumidores, efectos de red que presentan ciertas industrias, innovación, etc.) así como los fundamentos teóricos que sustentan las estrategias empresariales y las consecuencias de la interacción entre las empresas. En gran parte, esta tendencia se debe a los planteamientos teóricos de la teoría de juegos, que ha tenido notoria influencia en diversos estudios realizados en esta materia. Asimismo, las

diversas hipótesis que plantean los modelos teóricos han empezado a ser examinadas empíricamente usando técnicas econométricas más avanzadas que reconocen las limitaciones existentes en las estimaciones iniciales planteadas por el paradigma estructura-conducta-desempeño.

“(...) los consumidores se encuentran muchas veces atados a sus proveedores originales debido a las inversiones iniciales que efectuaron para acceder al servicio (...)”

Ello se debe a que si bien las ideas de la Escuela de Chicago resultan sugerentes, se han realizado estudios económicos que muestran que los mercados no funcionan siempre en las condiciones que plantea dicha corriente de pensamiento. Así, existen distintas condiciones que reducen la posibilidad de entrada inmediata y suficiente de nuevas empresas como para disciplinar a las ya existentes. Además, los consumidores se encuentran muchas veces atados a sus proveedores originales debido a las inversiones iniciales que efectuaron para acceder al servicio, por lo que enfrentan costos elevados para cambiar de proveedor. De igual manera, en vez de ser uni-producto –como asumía usualmente la Escuela de Chicago– los mercados suelen ser multi-producto, lo cual crea mayores opciones de incurrir en prácticas anticompetitivas para las empresas que tienen diversas líneas de producción⁸. Esta corriente de pensamiento se ha venido en denominar genéricamente como post-Chicago⁹.

El correlato de esta nueva tendencia es que se exija un mayor nivel de análisis económico en los casos a fin de examinar los efectos de las prácticas investigadas y, consecuentemente, que se utilicen técnicas econométricas y métodos de evaluación empírica más complejos. Dada la relevancia de la teoría y análisis económico que se utilizan para sustentar posiciones en los casos antitrust, la Corte Suprema de

- 5 Los dos autores que se consideran como los difusores más conspicuos de la Escuela de Chicago son: BORK, Robert. *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself* (Nueva York, Basic Books, 1978); y POSNER, Richard. *Antitrust Law: An Economic Perspective* (Chicago, University of Chicago Press, 1976).
- 6 Estos planteamientos encontraron luego un fuerte aliado en el desarrollo teórico de los denominados mercados contestables, según el cual algunos mercados presentan condiciones que permiten que la competencia potencial de posibles entrantes sea suficiente amenaza para disciplinar a las empresas que se encuentran en operación alejándolas de comportamientos anticompetitivos. Al respecto ver: BAUMOL, W., PANZAR, J. y WILLING, R. *Contestable markets and the theory of industry structure* (Estados Unidos, Harcourt Brace Jovanovich Publishers, 1988). VISCUSI, y otros. *Economics of Regulation and Antitrust*, 2ª Ed. (Cambridge, MIT Press, 1996), pp. 162-164.
- 7 MOTTA, Op. Cit., p. 8.
- 8 HOVENKAMP, Op. Cit., pp. 34-35. VICKERS, John. “Competition Economics and Policy”, en: *European Competition Law Review*, 3 (2003), p. 96.
- 9 Entre los trabajos que pueden mencionarse dentro de esta corriente de pensamiento están los siguientes: BAKER, Jonathan. “Recent Developments in Economics that Challenge Chicago School Views”, en: *Antitrust Law Journal* 58 ((1989); BLAIR, R. y KASERMAN, D. *Law and Economics of Vertical Integration and Control* (Nueva York, Academic Press, 1983); KRATENMAKER, Th. y SALOP, S. “Anticompetitive Exclusion: Raising Rival’s Costs to Achieve Power Over Price”, en: *Yale Law Journal* 96 (1986); KREPS, D., MILGROM, P., ROBERTS, J. y WILSON, R. “Rational Co-operation in the Finitely Repeated Prisoner’s Dilemma” en: *Journal of Economic Theory* 27 (1982); MILGROM, P. y ROBERTS, J. “Predation, Reputation and Entry Deterrence”, en: *Journal on Economic Theory* 27 (1982); TIROLE, Jean. *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, MIT Press, 1988).

Estados Unidos se ha pronunciado sobre la forma y alcances en los que debe ser presentado el testimonio de economistas expertos ante las Cortes. En efecto, ahora se exige que la evidencia presentada haya sido sometida a prueba con metodologías científicas, a publicación y revisión de otros expertos, se ponga de manifiesto su tasa de error potencial, entre otros¹⁰.

La evolución ocurrida en la Comunidad Europea es menos rica, pero tiene similitudes relevantes con la experiencia de Estados Unidos¹¹. Las normas de libre competencia comunitarias no tienen la misma antigüedad que las de Estados Unidos y su origen data de la Segunda Guerra Mundial. El antecedente inicial fue el interés de los países aliados para limitar la posibilidad de que Alemania volviera a conseguir la fuerza industrial como para poner en riesgo el equilibrio de la región, motivo por el cual promovieron que se aprobara una ley anticarteles en dicho país.

En cuanto a la Comunidad en sí misma, el referente más antiguo se encuentra en el Tratado de París de 1951 por el que se creó la Comunidad Europea del Acero y el Carbón. Las razones para introducir normas de protección de la libre competencia en este Tratado fueron, en primer lugar disminuir el poder de Alemania poniendo a disposición de otros países europeos insumos de gran relevancia como el acero y el carbón. En segundo lugar, se empezó a ver en el principio de libre competencia la única forma de lograr el funcionamiento de mercado eficiente y la vía a través de la cual se había logrado el éxito de la economía de Estados Unidos. El siguiente paso fue incorporar la prohibición de prácticas colusorias y de actos de abuso de posición de dominio en el Tratado de Roma por el que se constituyó la Comunidad Europea.

Se ha planteado que en su origen las normas de libre competencia de la Comunidad Europea se encontraban fuertemente influenciadas por la denominada corriente Ordoliberal nacida en la Universidad de Friburgo de Alemania. Según esta corriente, el objetivo de este tipo de normas era proteger la libertad de empresa contra los excesos del poder económico privado, lo que implicaba en buena parte la defensa de los intereses de las empresas más pequeñas o la protección de los competidores en sí mismos. Si bien puede identificarse una inclinación hacia este objetivo en la aplicación de las normas de libre competencia por las autoridades comunitarias, también es claro que la finalidad primordial de dichas normas fue la protección del mercado común europeo.

Lo anterior explica la rigurosidad con la que se han tratado aquellas prácticas que tenían por efecto dividir el mercado común nuevamente en mercados territoriales

(por ejemplo la discriminación geográfica de precios) o impedir la libre comercialización de bienes entre los estados (como los contratos de exclusividad territorial o la prohibición de importaciones paralelas). Este tipo de prácticas no se encuentra prohibido con igual rigor en otras experiencias como la de Estados Unidos. Además, también existen otros objetivos que han primado en la aplicación de estas normas, como puede ser algunas formas de política industrial para equilibrar ciertas zonas del mercado común frente a aquellas más avanzadas –por ejemplo permitiendo concentraciones empresariales en ciertos países menos desarrollados, que no se permitirían en otros–.

No obstante lo anterior, luego de un proceso de auto evaluación y de comparación con otras experiencias, la Comunidad Europea ha replanteado sus objetivos y conjuntamente con ello la forma de aplicación de las normas de competencia. Actualmente, se mantiene como objetivo prioritario la integración del mercado común europeo, pero también se viene enfatizando la importancia de evaluar los efectos de eficiencia y sobre el bienestar que pueden tener las prácticas investigadas.

Esta nueva visión se encuentra reflejada en la revisión que viene efectuando la Comisión Europea en las distintas áreas de aplicación de tales normas. Esta revisión ha dado lugar a la emisión de nuevas directivas para el análisis de las concentraciones empresariales, y de los acuerdos y prácticas colusorias (lo que incluye una visión con criterios más económicos sobre las restricciones verticales). Asimismo, también debe mencionarse la revisión aún no terminada de las reglas aplicables a los actos de abuso de posición de dominio. Como parte de esta revisión y redefinición de criterios de evaluación, la Comunidad Europea también ha empezado exigir un nivel mayor de análisis económico y viene apoyándose más decididamente en metodologías empíricas y herramientas econométricas¹².

De acuerdo con lo expuesto, queda en evidencia que si bien la evolución no ha sido exactamente igual, las experiencias de aplicación de normas de libre competencia en Estados Unidos como en la Comunidad Europea han pasado por varias etapas similares: protección de pequeñas empresas, preocupación notoria –e incluso exagerada en ciertos casos– por la estructura y concentración del mercado, sanción de prácticas según los criterios de ilegalidad *per se* o de regla de la razón, y más recientemente el reconocimiento de la importancia de evaluar los efectos de eficiencia y bienestar de las prácticas investigadas, unido a la revalorización del análisis económico y sus aplicaciones empíricas para sustentar dichos efectos.

10 HOVENKAMP, Op. Cit., pp. 78-79, comentado la decisión de la Corte Suprema en el caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993).

11 Para la evolución del análisis y aplicación de las normas de libre competencia en la Comunidad Europea se ha considerado lo señalado por los siguientes autores: AMATO, Giuliano. "Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market" (Gran Bretaña, Hart Publishing, 1997), pp. 39-43 y 98-99; GOYDER, D.G. EC Competition Law 4ª ed. (Gran Bretaña, Oxford University Press, 2003), pp. 16-29; MOTTA, Op. Cit., pp. 9-17.

12 Al respecto, puede verse por ejemplo: WU, L., HOFER, P. y WILLIAMS, M. "The Increasing Use of Empirical Methods in European Merger Enforcement: Lessons from the Past and a Look Ahead", en: Economics of Antitrust, New Issues, Questions, and Insights (Nueva York, NERA, 2004), pp. 73-83.

II. Evolución del Análisis del Indecopi: Prácticas Relacionadas con Precios

La aplicación de las normas de libre competencia en el Perú presenta ciertas semejanzas con la evolución seguida en otras latitudes como Estados Unidos o la Comunidad Europea. En efecto, pese a tratarse de una experiencia bastante más corta –considérese que estas normas vienen aplicándose en el Perú recién durante 15 años– la aplicación de la norma de libre competencia peruana ha pasado por etapas similares de privilegio a la protección de pequeñas empresas, establecimiento de reglas de ilegalidad *per se* para ciertas conductas, y reconocimiento de la utilidad de analizar varias prácticas empresariales según la regla de la razón, es decir, en función de sus efectos en el mercado. Asimismo, también se ha tomado en cuenta la importancia de evaluar los efectos de eficiencia de las prácticas investigadas, aunque mayormente a nivel de enunciados más que llevándolo a la práctica, lo que en ciertos casos ha incluido cierta inclinación hacia los postulados de la Escuela de Chicago.

Las secciones que siguen buscan poner de manifiesto la evolución antes indicada, en particular en el ámbito de las prácticas anticompetitivas de precios, identificando los criterios específicos de análisis que ha adoptado el INDECOPI. Adicionalmente, se comenta y discute si su posición actual refleja el estado de la cuestión a nivel internacional, es decir, si el Perú ha dado pasos claros para discutir los efectos de las prácticas investigadas, revalorizando los métodos de análisis empírico y las herramientas econométricas, para colocarse así en el mismo estado de evolución que existe en otras realidades como la de Estados Unidos y la Comunidad Europea.

2.1. Concertaciones de Precios

2.1.1. Innecesaria Discusión sobre la Ilegalidad *per se*

La historia de la persecución de cárteles de precios por parte del INDECOPI se remonta al año 1993, cuando inició sus funciones. Sus primeras decisiones en esta materia, sancionando a gremios de transportistas o de productores de harina de trigo, no indicaban un criterio uniforme

de evaluación, en tanto que no dejaban en claro si era necesario identificar y analizar los efectos restrictivos de la competencia para considerar ilícita la práctica¹³.

Con el transcurso de los años y con la experiencia adquirida, en 1997 el INDECOPI asumió el criterio de la ilegalidad *per se* para sancionar las concertaciones de precios, en virtud del cual los acuerdos y concertaciones de precios son calificados como ilícitos con la sola demostración de que los participantes se han puesto de acuerdo para restringir la competencia, sin necesidad de demostrar efectos perjudiciales en el mercado o de evaluar la razonabilidad de tales prácticas¹⁴. De esta manera, el INDECOPI seguía la tendencia internacional en el tratamiento de ese tipo de conductas. Al respecto, lo riguroso de esta regla se explica porque las concertaciones de precios son mecanismos por los cuales los rivales se coluden para actuar cohesionadamente como una sola empresa pero simulando competir; de este modo logran veladamente el poder de mercado que no tienen individualmente y obtienen beneficios de carácter monopólico que no hubieran sido posibles de no haber coordinado sus comportamiento. En otras palabras, lo que se sanciona es el “fraude al mercado” que se genera a través de la colusión, más que los efectos que la misma pueda ocasionar, que se tienen en cuenta sobre todo para cuantificar la sanción aplicable.

En ese mismo año, el INDECOPI introdujo la distinción entre los acuerdos desnudos y los acuerdos accesorios de precios, para que excepcionalmente pudiera eximirse de la prohibición *per se* aquellos acuerdos de precios entre competidores que constituyeran medidas complementarias destinadas a facilitar el funcionamiento de asociaciones o integraciones de empresas cuyo objetivo sea lograr mayor eficiencia en determinada actividad productiva o comercial¹⁵.

Sin embargo, en el 2003 el INDECOPI cambió de posición en cuanto a la forma de evaluación de los cárteles de precios, exigiendo que se analice sus efectos positivos y negativos sobre el mercado, sustentándose para ello en una interpretación bastante particular sobre la tradición europea de aplicación de las normas de libre competencia. Según el INDECOPI el marco legal

13 Al respecto, ver por ejemplo: Resolución 105-96-TDC (Municipalidad Provincial de Lambayeque contra diversas empresas de transportes urbano); y Resoluciones 047-95-INDECOPI/CLC y 1104-96-INDECOPI/TRI (Comisión de Libre Competencia contra el Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y empresas molineras).

14 Mediante Resolución 276-97-TDC (Comisión de Libre Competencia contra la Asociación Peruana de Avicultura y varias empresas productoras avícolas), el Tribunal del INDECOPI estableció como precedente de observancia obligatoria lo siguiente: “De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción deben sancionarse de acuerdo a la regla *per se*. Ello implica que la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir efectos en perjudiciales en el mercado”.

15 Mediante Resolución 207-97-TDC (CIVA E.I.R.L. contra Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.) el Tribunal del INDECOPI estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria: “Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán *per se* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. (...) cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características: (i) los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia; (ii) Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño; (iii) Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia. De no presentarse las tres condiciones expuestas anteriormente, el acuerdo será considerado ilegal”.

peruano debe ceñirse a la tradición europea por ser su primer antecedente legislativo y no apearse a criterios de raigambre anglosajona. En su opinión, la Comunidad Europea no prohíbe los cárteles de precios bajo el criterio de ilegalidad *per se*, sino que exige el análisis de los efectos de esa conducta en el mercado para declararla ilícita.

“(...) las prácticas cuyo objeto es restringir la competencia resultan ilegales de manera automática sin requerir la prueba de efectos perjudiciales sobre el mercado.”

En tal virtud, el INDECOPI derogó la regla de la ilegalidad *per se* y estableció que para considerar ilícitas las concertaciones entre competidores es necesario demostrar que se ejecutaron en el mercado y que eran capaces de producir un efecto restrictivo de la competencia. Asimismo, introdujo como novedad la posibilidad de que prácticas de esa naturaleza queden exentas de “*reproche y sanción*” si se demuestra, a través de un análisis del tipo costo-beneficio, que producen un bienestar mayor que la restricción de la competencia que generan. Adicionalmente, el INDECOPI agregó que, por su gravedad, conductas como la concertación de precios requieren un análisis más “*detenido, exigente y riguroso*” para demostrar o descartar el efecto neto positivo antes mencionado¹⁶.

Al respecto, si bien la Comunidad Europea no utiliza el término de ilegalidad *per se*, en la práctica analiza la concertación de precios bajo una lógica de ilegalidad

objetiva, que en principio no admite justificación ni requiere del análisis de sus efectos en el mercado. En efecto, el artículo 81 numeral 1 del Tratado de Roma prohíbe las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común¹⁷.

Los autores coinciden en señalar que las prácticas cuyo objeto es restringir la competencia resultan ilegales de manera automática sin requerir la prueba de efectos perjudiciales sobre el mercado. Por ejemplo, la jurista Valentine Korah señala que el Tribunal Europeo de Justicia ha incluido los acuerdos de precios entre los casos que no requieren análisis alguno del mercado, sino solamente la prueba de que los participantes estuvieron de acuerdo y que la práctica puede afectar el comercio entre los Estados Miembros¹⁸. Además, la reconocida autora es clara en señalar que ese tipo de restricciones de la competencia son las que actualmente se identifican como “*cárteles duros*” (“*hard core cartels*”), haciendo referencia al término acuñado por la OECD. Como se sabe, los cárteles duros son rigurosamente perseguidos y sancionados sin mayor indagación sobre sus efectos, es decir, siguiendo un criterio típico de ilegalidad *per se*¹⁹.

De manera similar, el agudo comentarista inglés Robert Whish afirma que las prácticas más perniciosas para la competencia, tales como los acuerdos de precios, reparto de mercado, reducción de la oferta o de las ventas, entre otros, son las que se consideran restrictivas de la competencia por su objeto, sin que se requiera demostrar sus efectos restrictivos. Más aún, dicho autor afirma expresamente que los acuerdos de esa naturaleza “*infringen el Artículo 81(1) per se*”, aunque agrega que las partes pueden argumentar que los acuerdos satisfacen los términos del artículo 83 numeral 3 del Tratado de Roma para que se les exima de responsabilidad²⁰.

16 Mediante Resolución 224-2003/TDC-INDECOPI (Comisión de Libre Competencia contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros y diversas empresas aseguradoras), el Tribunal del INDECOPI estableció como nuevo precedente de observancia obligatoria lo siguiente: “1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701. (...). 3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general. 4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan. 5. La fijación concertada de precios (...) contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia. En consecuencia, para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención indicados en el numeral anterior”.

17 Tratado de Roma:

Artículo 81.1. “Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: (a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; (...). 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho”.

18 KORAH, Valentine. An Introduction Guide to EC Competition Law and Practice (Gran Bretaña, Hart Publishing, 2004), octava edición, p. 69.

19 Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD. Hard Core Cartels (2000). La denominación de cárteles duros se encuentra reconocida en el ámbito del Derecho de la Competencia y se refleja, por ejemplo, en los lineamientos emitidos por las autoridades de defensa de la competencia de Estados Unidos o la Comunidad Europea.

Ver: Federal Trade Commission (FTC) y US Department of Justice (DoJ). Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors (abril 2000), pp. 3 y 8-9. Comisión Europea (CE). Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado CE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal (2001/C 3/02), pfs18 y 25.

20 WHISH, Robert. Competition Law (Gran Bretaña, Lexis Nexos, 2003), quinta edición, pp. 112-114.

Igualmente, Pietro Manzini, quien fuera Secretario Legal del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea, ha explicado que según la corriente jurisprudencial más actualizada, bajo el artículo 81 numeral 1 las prácticas colusorias resultan ilegales *per se*, aunque de todos modos podrían ser evaluadas según sus efectos procompetitivos y anticompetitivos –una suerte de regla de la razón– en virtud del numeral 3 de ese artículo. Pese a ello, tratándose de prácticas anticompetitivas claramente dañinas, este último tipo de análisis resultaría superfluo, como ha señalado el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia emitida en el caso *European Nighth Services & Co. v. Comission*²¹.

Como se desprende de lo anterior, el análisis de las concertaciones de precios en la Comunidad Europea se sustenta en un criterio de ilegalidad objetiva, considerándolas ilícitas sin necesidad de evaluar sus efectos. No obstante, dado que el artículo 81 numeral 3 del Tratado de Roma admite la posibilidad de no considerar ilícitas las conductas tipificadas en el numeral 1 del artículo 81²², se admite por excepción que los investigados puedan tratar de argumentar que cumplen con los requisitos para que su conducta no sea sancionable. Esto no significa en modo alguno que para declarar ilegal una concertación de precios la autoridad de defensa de la competencia requiera evaluar los efectos positivos y negativos de tal conducta, ni que se eleve el estándar de prueba.

De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que luego de un período inicial de ensayo y aprendizaje, la sanción de concertaciones de precios en el Perú se colocó dentro de la corriente internacional mayoritaria al instaurarse el criterio de la ilegalidad *per se* y, además, con la distinción entre acuerdos accesorios y desnudos, parecía inclinarse por la línea de razonamiento de la Escuela de Chicago²³. Considerando la evolución seguida en países que se encuentran a la vanguardia en la aplicación de este tipo de normas, hubiera sido de esperar que el paso siguiente fuera el análisis de cuestiones de mayor complejidad como por ejemplo los contornos y posibilidad de sanción de aquellas prácticas que permiten el sostenimiento de una colusión tácita, o la conveniencia de utilizar instrumentos y metodologías

económicas más avanzadas para la probanza de concertaciones de precios.

No obstante, el INDECOPI optó por enfocarse en discutir la admisibilidad del criterio de ilegalidad *per se* desde una perspectiva formalista y utilizando algunos contenidos no muy precisos²⁴. Con ello el INDECOPI se desvió de lo que se considera la mejor práctica en esta materia y además elevó el estándar de prueba para sancionar conductas como la concertación de precios. Al respecto, la utilización de la terminología de ilegalidad *per se* resulta incidental, pues lo importante es definir si puede aplicarse una regla de ilegalidad objetiva para castigar conductas que en su casi totalidad –por no decir siempre– resultan perjudiciales para el proceso de competencia. Asumir que el sistema legal peruano no prohíbe objetivamente la concertación de precios y que más bien exige evaluar los efectos positivos y negativos de esa práctica, sustentándose en el referente de la Comunidad Europea, no sólo resulta discutible según lo explicado previamente, sino que además podría considerarse contrario a ley²⁵.

En tal sentido, un real avance en esta materia sería enfocarse en la discusión sobre el ilegalidad o no de nuevas figuras o prácticas, así como la utilización de nuevas herramientas de análisis derivadas del análisis económico. Este tema se desarrolla a continuación.

2.1.2. Confusión en el Análisis de Figuras más Complejas y Falta de Énfasis en Prácticas Relevantes

Uno de los aspectos de mayor efervescencia en los últimos años en materia de evaluación de prácticas colusorias ha sido la delimitación y posibilidad de sanción de la denominada colusión tácita (o posición de dominio conjunta en el ámbito de la Comunidad Europea). Fruto de una nutrida discusión y del indiscutible aporte de la teoría de juegos, actualmente ha quedado asentado el criterio de que la colusión tácita, como comportamiento oligopólico no-cooperativo, es un producto inherente a determinados mercados con estructuras y características particulares y, por ende, no

21 MANZINI, Pietro. "The European Rule of Reason – Crossing the Sea of Doubt", en: *European Competition Law Review*, Nº 8 (2002), pp. 398-399.

22 Tratado de Roma

Artículo 81.3. "No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: (a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; (b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".

23 De hecho la introducción de consideraciones de eficiencia en el análisis de la distinción de dichos acuerdos es propia de los postulados de la Escuela de Chicago. Además, la distinción entre acuerdos accesorios y desnudos fue propuesta y desarrollada en extenso por Robert Bork, como ya se ha mencionado uno de los principales exponentes de dicha escuela de pensamiento. Ya con carácter más anecdótico, puede mencionarse que en los pronunciamientos del INDECOPI que establecieron la regla de ilegalidad *per se* y la distinción entre acuerdos desnudos y accesorios, se encuentran sendas y variadas citas a la obra del referido autor.

24 Piénsese en términos como la "reprochabilidad" de las conductas o el denominado "instituto jurídico de la competencia".

25 Téngase en cuenta que en la Comunidad Europea se admite la posibilidad de evaluar los efectos beneficiosos de las prácticas concertadas al amparo del numeral 3 del artículo 81 del Tratado de Roma, pero dejándose en claro que tal evaluación es superflua para prácticas tan graves como la concertación de precios. Además, en el caso peruano el artículo 7 del Decreto Legislativo 701 contemplaba un texto muy similar al del artículo 81 numeral 3 del Tratado de Roma, pero tal disposición fue expresamente derogada en 1994 mediante el Decreto Legislativo 788, con lo cual el eventual análisis de efectos positivos y negativos de las concertaciones de precios quedó descartado. El problema es que el numeral 4 del precedente de observancia obligatoria establecido mediante Resolución 224-2003/TDC-INDECOPI presenta el mismo texto del derogado artículo 7 del Decreto Legislativo 701. Consecuentemente, no faltaría quien sostenga que dicho precedente es inválido al dar nueva vigencia a una norma derogada explícitamente.

puede ser objeto de sanción en virtud de las normas que prohíben las prácticas concertadas.

La discusión se concentra ahora en estudiar aquellas “prácticas facilitadoras” que pueden utilizar las empresas para introducir artificialmente las condiciones requeridas para que exista colusión tácita en mercados donde dichas condiciones no surgen naturalmente, a fin de sancionarlas²⁶. En este sentido, las prácticas facilitadoras son mecanismos que alteran el equilibrio en un mercado permitiendo que las empresas alcancen un resultado colusorio sin necesidad de contacto o comunicación efectiva entre ellas, pero que no hubiera sido sostenible en ausencia de tales prácticas.

Pese a lo avanzado del debate en otras latitudes, la discusión al nivel del INDECOPI ha sido bastante reducida y su práctica como autoridad de defensa de la competencia en esta materia no se concentra en las prácticas facilitadoras, tales como las cláusulas de nación más favorecida (“*most-favoured nation clauses*”), las cláusulas para alcanzar a la competencia (“*meeting-competition clauses*”), los mecanismos de notificación previa de cambios en el precio, los intercambios de información sobre precios y condiciones de venta individuales, así como los mecanismos de generación de transparencia en los precios entre las empresas participantes, entre otros²⁷.

De un lado, el Tribunal del INDECOPI se ha referido –aunque bastante confusamente– a la posición de dominio conjunta como una situación en que las condiciones estructurales del mercado (tales como la concentración del mercado y las barreras de acceso al mismo) permiten un comportamiento conjunto pero no concertado entre las empresas que ostentan dicha posición de dominio. El Tribunal también distingue entre posición de dominio conjunta y el acto de abuso de tal posición que es necesario para considerarlo ilícito²⁸. De otro lado, en su condición de primera instancia, la Comisión de Libre Competencia ha expresado que la posición de dominio conjunta se deriva de las especiales características del mercado y que el comportamiento oligopólico que conlleva a una colusión tácita es una respuesta económica racional frente a tales condiciones de mercado. Empero, en contradicción con lo anterior, la Comisión consideró que la colusión tácita está prohibida por el artículo 6 del Decreto Legislativo 701 como una práctica conscientemente paralela²⁹.

Bajo este último supuesto, la pregunta obvia, y que queda sin una respuesta satisfactoria, es qué conducta se estaría sancionando, es decir, si simplemente se castiga el comportamiento racional de una empresa de tratar de predecir como responderá el competidor a sus acciones para en función de ello definir la propia estrategia de acción. Asimismo, ninguno de los casos recientemente analizados por el INDECOPI incorpora mención alguna, o cuando menos una evaluación preliminar, sobre potenciales prácticas facilitadoras, las cuales sí podrían ser prohibidas si se verifica que son mecanismos para sostener un resultado no competitivo en el mercado.

En conclusión, el INDECOPI ha dirigido sus esfuerzos a tratar de sancionar la colusión tácita, pese a ser una consecuencia inherente a ciertas condiciones de mercado ya que no involucra contacto o coordinación explícita entre las empresas para simular una situación de competencia. A la vez, falla en darse cuenta que cuando el mercado no presenta las condiciones de transparencia y posibilidad de sanción que son necesarias para sostener una colusión tácita, las empresas pueden implementar prácticas facilitadoras para crear artificialmente dichas condiciones, siendo tales prácticas las que deberían ser investigadas y sancionadas. Consecuentemente, lo recomendable sería que el INDECOPI re-evalúe la posición adoptada y, de otro lado, que dirija su atención hacia las prácticas facilitadoras antes referidas.

2.1.3. Necesidad de un Mejor uso de las Herramientas Económicas para la Actividad Probatoria

En materia de probanza de prácticas colusorias la evidencia que usualmente se privilegia es aquella que indica la existencia de comunicación explícita entre los participantes y no necesariamente aquella producida a través del uso de herramientas econométricas. No obstante, se reconoce que el manejo adecuado de información estadística relativa al período de supuesta concertación puede ser un factor relevante para corroborar la existencia de un cartel³⁰.

Pueden identificarse tres etapas en las cuales el análisis económico puede ser valioso para comprobar la existencia de un cartel y sus efectos: (i) en la etapa inicial de identificación de potenciales mercados donde un cartel puede ser sostenible; (ii) en una etapa posterior de verificación de las conductas alegadas; y, (iii) en una etapa final de cálculo de daños y beneficios monopólicos del cartel³¹.

26 Sobre este tema puede verse: IVALDI, JULLIEN, REY y otros. *The Economics of Tacit Collusion* (Final Report for DG Competition, European Commission, 2003). MONTI, Giorgio. “The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC”, en: *Common Market Law Review* 38 (2001). PHILIPS, Louis. *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective* (Glasgow, Cambridge University Press, 1995), pp. 1-20. Para el Perú puede revisarse: QUINTANA, Eduardo. “Abuso de Posición de Dominio Conjunta y Colusión Tácita: ¿Infracciones sin Contenido Real?”, en: *Thémis* 51 (2005).

27 Para mayor detalle puede revisarse: COOPER, T. “Most Favored Customer Clauses and Tacit Collusion”, en: *RJE* (1986). SALOP, Steven. “Practices that (Credibly) Facilitate Oligopoly Coordination”, en: *New Developments in the Analysis of Market Structure*.

28 Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI (Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el señor Javier Díez Canseco Cisneros contra AFP horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP).

29 Resolución 040-2005-INDECOPI/CLC (Almacenes Mundo S.A. contra Trabajos Marítimos S.A. y otros).

30 Existe extensa literatura que revisa este tema, entre otros puede consultarse: ROZANSKI, G y S. THOMPSON. “Use of Econometric at the U.S. Department of Justice”, *Economic Analysis Group Discussion Paper* (Marzo 2005). PORTER y ZONA. “Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions”, en: *JPE*, 101 (1993). WERDEN, Gregory. “Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory”, en: *ALJ*, 71 (2004). Al respecto, debe cuidarse de no caer en la situación reflejada por la broma que circula entre los economistas señalando que el análisis empírico de la información estadística se utiliza igual que como los ebrios se valen de los postes de luz, es decir más como soporte o respaldo que como iluminación.

31 Estas tres etapas en el análisis económico son reconocidas por diversos autores.

La primera etapa se puede caracterizar por el análisis de la estructura y las características del mercado, y no necesariamente de la conducta investigada. En esta etapa, se analizan factores tales como el número y la simetría existente entre las empresas participantes en términos de costos y participación de mercado, la homogeneidad del producto, la estabilidad de la demanda, la presencia de contacto multimercado, entre otros, para determinar si el mercado facilita la realización de prácticas concertadas exitosas y sostenibles.

Como regla general el INDECOPI ha incluido, en mayor o menor medida, un análisis de esta naturaleza en sus pronunciamientos sobre prácticas concertadas. Al respecto, es importante señalar que este análisis constituye una evaluación inicial sobre la potencialidad de que un cartel pueda ser exitoso en un determinado mercado, pero no debe considerarse como prueba suficiente de concertación en ausencia de prueba directa de comunicación explícita entre los potenciales concertadores. Más bien, este tipo de análisis debería ser utilizado principalmente como un método de descarte, para identificar aquellos mercados en los cuales una concertación de precios no podría ser sostenible en el largo plazo.

La segunda etapa de verificación de las conductas alegadas resulta académicamente más retadora. En esta etapa, el análisis económico debe centrarse en evaluar la supuesta práctica concertada y determinar si la conducta de los investigados no puede ser explicada por la interacción competitiva entre las empresas. Básicamente, se debe distinguir si la conducta analizada responde al natural desenvolvimiento de la competencia en el mercado o si es producto de una concertación entre las empresas. Dicha tarea no es sencilla, pero resulta de suma importancia y debe ser conducida de manera rigurosa si es que se pretende realizar inferencias válidas.

a) Distinguir entre Competencia y Colusión en Licitaciones

Una de las áreas donde la evolución de las técnicas de investigación económica sobre conductas concertadas permite un análisis más riguroso de la información estadística es en el caso de licitaciones colusorias. La mayor parte de metodologías planteadas buscan determinar si la conducta realizada por las empresas es inconsistente con un comportamiento competitivo. La tarea del investigador es aceptar o rechazar la hipótesis de que las empresas se encuentran compitiendo. Sin embargo, rechazar tal hipótesis no necesariamente implica que las empresas están coludidas de forma

explícita. En tal sentido, el análisis sirve como un elemento adicional que sumado a otros de carácter más cualitativo y de indicios permite inferir la realización de un acuerdo entre las empresas.

La idea general de este tipo de metodologías es estimar una ecuación de precios para cada empresa, en este caso, el precio cotizado o la oferta de cada una de ellas en la licitación, y examinar dos aspectos: (i) si los precios cotizados o las ofertas entre las empresas son independientes luego de controlar por la información públicamente disponible; y (ii) si las ofertas entre las empresas que son idénticas, es decir, si todas las empresas responden de la misma forma a la información pública. Este tipo de metodologías permite incluso comparar las ecuaciones estimadas y determinar cuáles son las empresas que potencialmente forman parte del cartel y cuáles no. La lógica de este análisis puede ser extendida a otro tipo de casos de posibles concertaciones.

A lo largo de los años, el INDECOPI ha procesado varios casos de licitaciones colusorias. En dichos casos, existe mayor potencialidad de recabar información estadística adecuada y confiable debido a que generalmente se trata de procesos de licitaciones estatales a sobre cerrado, con propuestas técnicas y económicas específicas. Más aún, en muchos casos los postores participan en diferentes procesos a lo largo de un período, lo cual permite evaluar la interacción continua entre las empresas. Sin embargo, el INDECOPI no ha explotado adecuadamente la riqueza de la información que puede ser solicitada o que es de conocimiento público, para realizar un análisis estadístico o econométrico como el esbozado en el párrafo precedente, lo cual podría haber contribuido a verificar la existencia de colusión.

b) Reconocer la Importancia y las Limitaciones del Análisis Estadístico y Econométrico en el Análisis del Comportamiento de los Precios.

Uno de los aspectos que generalmente se analiza es la evolución de los precios de los presuntos concertadores y su eventual paralelismo. El INDECOPI ha utilizado el criterio de paralelismo de precios como indicio para la corroboración de una práctica concertada, pero reconociendo que sólo es una prueba razonable, cuando dicho comportamiento no puede ser explicado por las condiciones del mercado analizado³². Esta misma lógica se reconoce en los últimos casos investigados por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia³³.

Dado que el paralelismo es un elemento de juicio importante en las decisiones sobre concertaciones,

32 Resolución 276-97-TDC. En este pronunciamiento el INDECOPI señaló lo siguiente: "El precio que se menciona, y cuyos niveles fueron obtenidos por la Sala, en base a la información proporcionada por la propia APA, es el precio en granja, no el precio en centros de acopio. Ese precio se establece el día anterior a la comercialización del pollo en el centro de acopio, es decir antes que el pollo abandone la granja. El nivel de precios es por tanto comunicado a la APA, a través del CADA, recién un día después de que el precio se ha formado. En consecuencia no es explicable la hipótesis de que es un precio similar porque refleja la reacción de las empresas a la información existente en el mercado"

33 Informe 004-2007-INDECOPI/ST-CLC. En este informe se expresa lo siguiente: "Sin embargo, el paralelismo de precios por sí solo no constituye prueba suficiente para determinar la existencia de una práctica colusoria. Los competidores en una industria pueden incrementar o disminuir sus precios o sus volúmenes de producción en respuesta a aumentos o disminuciones de precios o volúmenes de otros competidores, en especial si estos últimos son líderes en el mercado. Esto último puede constituir una conducta económicamente racional y justificable".

debe evaluarse de forma adecuada para no caer en la equivocación de considerar una conducta paralela como un indicador de concertación cuando sólo se trata de una respuesta natural a las condiciones del mercado, o viceversa.

Recientemente, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia ha analizado el paralelismo de precios en contextos de presuntas concertaciones³⁴. Al igual que en casos de años previos, el análisis se inicia con una evolución gráfica de los precios, observándose cierto paralelismo en los mismos. En uno de los informes emitidos se incluye un análisis de la correlación de los precios entre las presuntas empresas concertadoras y se señala que se construye un modelo econométrico que explicará la determinación teórica de los precios en una situación de competencia. En tal sentido, se plantea que se busca realizar un análisis estadístico y econométrico de la información de precios y, sin hacerlo explícito, se reconoce que una evaluación de precios paralelos que no tome en cuenta dicho tipo de análisis no debe considerarse como una prueba razonable de la existencia de una concertación, lo cual es un avance.

Sin embargo, deben comentarse diversos aspectos de este tipo análisis. Primero, el análisis de correlaciones de precios entre las empresas no necesariamente muestra la existencia de una práctica concertada, sino que sirve como filtro para decidir si se pasa a una segunda etapa de evaluación. En efecto, el análisis de las correlaciones corresponde a un examen inicial y de carácter más descriptivo sobre el comportamiento de los precios, en el cual se analizan también las varianzas existentes entre los mismos a lo largo de tiempo o se buscan quiebres estructurales de comportamiento en la industria, permitiendo esbozar ciertos indicios de potenciales conductas paralelas. La literatura sobre cárteles reconoce que bajo ciertas condiciones, los precios entre las empresas se encuentran positiva y significativamente correlacionados, y la varianza de los precios es menor en un escenario colusorio. Pero verificar tales hechos no significa que las empresas hayan estado cartelizadas, en tanto que también deben considerarse factores de demanda y de oferta que puedan causar dichos resultados.

Por ello, el paso siguiente es distinguir si las empresas se encuentran cartelizadas o no en un mercado en el cual las condiciones de oferta y demanda cambian, y modelar el comportamiento de las empresas en dicha situación. De un lado, un mercado puede estar sujeto

a diversos shocks de oferta y demanda y las empresas pueden responder de la misma forma frente a ellos, lo que se refleja en un comportamiento paralelo. De otro lado, se debe conceptualizar cómo compiten o dejan de competir las empresas en el mercado analizado. El análisis conjunto de estos dos aspectos es lo que permite contar con las herramientas adecuadas para corroborar una hipótesis de concertación.

En tal sentido, desde el punto de vista empírico, un análisis mínimo debería controlar por los potenciales shocks de demanda o de oferta a los que se ven sometidos los participantes del mercado. Una forma de lidiar con este problema es estimar ecuaciones de demanda y/o de oferta, que se deriven, como se ha señalado anteriormente, de un modelo teórico sobre como funciona la industria y que refleje el comportamiento de las empresas en la misma³⁵. Sin embargo, esta tarea no es sencilla en tanto se requiere superar los problemas derivados de la determinación conjunta de los precios y las cantidades en un mercado, de la posible no inclusión de variables explicativas que no son observadas por el investigador y de la identificación de los parámetros del modelo teórico.

Un aspecto técnico que debe resaltarse en este punto es precisamente la determinación conjunta de los precios y cantidades en un mercado, que requiere que el investigador controle por este potencial problema de endogeneidad, por ejemplo, utilizando lo que se conoce como variables instrumentales³⁶. En estos casos, las estimaciones de forma reducida que utilizan el método de mínimos cuadrados ordinarios y que no controlan por el problema de endogeneidad son sesgadas e inconsistentes, debido a que factores no observables por el investigador se encuentran correlacionados con las variables explicativas del modelo³⁷.

El informe del INDECOPI realiza la evaluación inicial (análisis de correlaciones) pero la estimación econométrica que presenta el INDECOPI para explicar la determinación teórica de los precios, no solo no toma en cuenta el potencial problema de endogeneidad de las variables³⁸, sino que no explicita el marco conceptual sobre la forma en la que actuarían las empresas en el mercado. Más aún, pese a estar en condiciones de realizar un análisis de comportamiento diferenciado de la fijación de precios de las empresas, como el señalado en el acápite sobre licitaciones colusorias, el INDECOPI no opta por esta alternativa que sería mucho más informativa para corroborar una potencial colusión³⁹.

34 Ver Informe 003-2004-INDECOPI/ST-CLC, e Informe 004-2007-INDECOPI/ST-CLC.

35 En esos casos, se puede incluir un parámetro que mida el potencial grado de colusión de la industria.

36 Métodos comunes de estimar demanda que incorporan variables instrumentales son: demanda lineal usando mínimos cuadrados en dos etapas, el método de presupuesto en multi-etapas, el demanda en un contexto de elección discreta usando un logit simple o un logit con coeficientes aleatorios

37 En términos prácticos, puede no ser posible encontrar instrumentos adecuados. En tales casos, el investigador debe ser cuidadoso en diseñar una especificación empírica que responda la pregunta de interés.

38 El modelo es estimado utilizando mínimos cuadrados ordinarios con el precio promedio de ambas empresas como función de la cantidad conjunta demandada. Teóricamente, se espera una relación entre la cantidad y el precio. Sin embargo, este coeficiente es no significativo en su regresión lo cual puede ser resultado de no controlar por el problema de endogeneidad.

39 En lugar de promediar los precios y sumar las demandas conjuntas, se pudo tratar de estimar una ecuación de precios para cada empresa, y examinar si las empresas se comportan de la misma forma después de controlar por los factores exógenos que afectan la fijación de precios.

Quizá uno de los aspectos más importantes es reconocer que el análisis de la información estadística y sus resultados deben basarse en un modelo teórico y en un marco conceptual que reflejen las características del mercado: La “data” no habla por sí sola, el investigador debe empezar por construir un modelo que refleje la hipótesis que se quiere examinar, considerando las características del mercado analizado. Posteriormente, una vez definido dicho modelo, elaborar una especificación empírica que le permita corroborar tal hipótesis considerando la información estadística disponible y los potenciales problemas de identificación de los efectos que se buscan evaluar. En tal sentido, lo importante no es aumentar el uso de métodos cuantitativos sino construir metodologías empíricas que permitan examinar la conducta de las supuestas concertadoras y realizar inferencias válidas acerca de la misma. Dicho trabajo se diseña caso por caso en función a las características del mercado analizado, la información estadística disponible y las supuestas conductas concertadas.

En último término, la pregunta es si resulta posible corroborar una práctica ilícita basándose solamente en el paralelismo de precios. La respuesta es positiva, pero el estándar de prueba es alto, pues se tiene que demostrar que la comunicación o la coordinación de conductas entre las empresas es la única explicación para la existencia de dicho paralelismo⁴⁰. Por ello, no solo se requiere el desarrollo de métodos cuantitativos rigurosos sino también de elementos y pruebas de carácter cualitativo que sean consistentes con los hallazgos encontrados en el análisis de la información estadística.

En cuanto a la tercera etapa de cálculo de daños, existen diversos métodos para calcular cuáles han sido las potenciales ganancias del cartel, tales como el método *yardstick* (comparar los precios en mercados no sujetos al cartel pero con iguales características que el mercado cartelizado), la comparación del período previo y posterior al cartel, el cálculo directo de los costos de los involucrados, entre otros. En la práctica, el INDECOPI no ha utilizado este tipo de métodos, aunque parece conveniente que esto sólo se efectúe en el futuro más lejano, en tanto que lo prioritario sería que concentre sus esfuerzos y recursos en mejorar los métodos implementados en las dos etapas previamente comentadas, en particular, aquella de verificación.

2.2. Discriminación de Precios

La prohibición de prácticas discriminatorias en la ley peruana se encuentra definida como la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, no considerándose como tal el tratamiento diferenciado que corresponda a condiciones compensatorias como el volumen de compra, el pago anticipado, etc.⁴¹

“(…) lo importante no es aumentar el uso de métodos cuantitativos sino construir metodologías empíricas que permitan examinar la conducta de las supuestas concertadoras y realizar inferencias válidas acerca de la misma.”

Tradicionalmente, para analizar si son equivalentes las prestaciones que recibe de sus contrapartes el agente que es acusado de aplicar condiciones discriminatorias, se ha tomado en cuenta los costos en que incurre dicho agente para atender a cada una de las contrapartes. Si los costos de venderles son similares se considera que las prestaciones son equivalentes y viceversa. De este modo, si el agente incurre en mayores costos por atender a un cliente que a otro se encuentra justificado que aplique condiciones de trato más onerosas al primero de ellos.

Más recientemente, el debate ha girado en torno a si también puede justificarse la aplicación de precios diferenciados en función a consideraciones de eficiencia no vinculadas con los costos incurridos en la atención de cada cliente. Según esta lógica, pueden aplicarse válidamente condiciones distintas entre los compradores dependiendo de su elasticidad de demanda, pues con ello el grupo con menor disposición a pagar puede acceder al bien en cuestión –pero a un precio menor– al igual que quienes tienen una mayor disposición a pagar –y lo obtienen a un precio mayor–. El sustento de ello es que de no permitirse este tipo de diferenciación en las condiciones de venta, en

40 Un ejemplo de este tipo puede verse en la Resolución 024-96-CLC (Petróleos del Perú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A.), en las que por excepción se consideró que la actuación paralela de las empresas investigadas resultaba prueba suficiente de concertación debido a que se descartaron todas las posibles explicaciones alternativas para el extraño paralelismo existente en tres ofertas consecutivas de las empresas dentro de procesos de licitación pública.

41 Decreto Legislativo 701:

Artículo 5.- “(…) Son casos de abuso de posición de dominio: (...). b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones”.

algunos casos, los segmentos con mayor elasticidad de demanda no serían atendidos. Por el contrario, al permitirse tal diferenciación se incrementa el bienestar, pues la cantidad producida es mayor que la que existiría bajo una situación de monopolio con precio único⁴².

Estos planteamientos económicos han sido recogidos por la doctrina legal, y en ciertos casos también por la jurisprudencia, para interpretar las normas sobre discriminación de precios⁴³.

Las primeras decisiones del INDECOPI en materia de discriminación de precios han enfocado el análisis de la práctica considerando principalmente justificaciones por los costos involucrados. Basta citar como ejemplo un caso de 1993. Fongalsur denunció por prácticas discriminatorias a Gloria S.A., consistentes en: (i) el pago de precios de compra distintos simplemente basado en que la leche proviniera de los productores agrupados en Fongalsur o en Fongal Arequipa; (ii) el otorgamiento de una bonificación sobre el precio basada en el contenido graso de la leche, para lo cual había adulterado los resultados del examen de contenido graso; y (iii) el otorgamiento de bonificaciones por ventas de mayor volumen de leche que sólo podían alcanzar algunos ganaderos. Según Fongalsur el objetivo de Gloria era beneficiar indebidamente a Fongal Arequipa, colocándolo en ventaja competitiva.

Luego de su análisis, el INDECOPI concluyó que no se habían producido prácticas discriminatorias prohibidas por la ley. De un lado, comprobó que Gloria otorgaba las bonificaciones por contenido graso independientemente del origen de la leche y que no se había evidenciado distorsión alguna de los resultados del examen de contenido graso, sino que más bien utilizaba un método reconocido cuyos resultados eran fiables. De otro lado, entendió que la bonificación por volumen vendido también se aplicaba indistintamente en función de un criterio objetivo como era el volumen de leche aportado, por lo que sólo constituía una medida de incentivo para la mayor producción⁴⁴. Como se aprecia, el INDECOPI consideró que los costos de Gloria se reducían según el mayor contenido graso de la leche y las ventas de mayor volumen, de modo que era justificado que otorgara precios más elevados a quienes cumplían con esas condiciones.

Posteriormente, el análisis llevado a cabo por el INDECOPI para evaluar la justificación de condiciones de venta desiguales fue haciéndose más profundo, no sólo en materia de los costos involucrados, sino

también planteando argumentos que, de cierta manera, se acercaban al razonamiento económico más reciente sobre la posible justificación de condiciones diferenciadas en base a la elasticidad de demanda de los clientes. Ello no obstante que el nivel de detalle del análisis no mostraba un respaldo cuantitativo en materia de análisis de elasticidades específicas de demanda u otros de esta naturaleza. Sobre el particular, pueden citarse dos ejemplos de los años 1998 y 1999.

En primer lugar, se encuentra el caso de la Sociedad Nacional de Industrias y otros contra Centromin Perú S.A. El supuesto denunciado fue una discriminación en el precio aplicado por la venta de plomo refinado a los compradores locales frente al que se cobraba a los compradores en el extranjero. Luego de la investigación respectiva el INDECOPI encontró que en determinadas transacciones el precio local había sido mayor que el precio cobrado en el extranjero, mientras que en otras había sucedido a la inversa. Adicionalmente también encontró que la aplicación de precios mayores en el mercado local había sido ocasional durante algunos meses, por lo que no podía calificarse como una política sistemática. En tal virtud, el INDECOPI declaró infundada la denuncia.

Lo relevante de este caso para los efectos del presente trabajo es que el INDECOPI afirmó que "(...) desde el punto de vista legal, la diferenciación geográfica de precios no resulta siendo sancionable por sí misma, en tanto que la diferenciación de precios existente podría encontrarse justificada por la existencia de costos diferenciados –costos de transacción o de transporte por ejemplo–, o por tratarse de operaciones efectuadas en mercados diferentes, en la que los consumidores cuentan con una elasticidad de demanda distinta, que reflejaría un diferente grado de sustitución del bien o de acceso a fuentes de aprovisionamiento"⁴⁵.

El segundo ejemplo es el de la Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aerocontinente S.A. La primera denunció que la segunda había establecido una tarifa discriminatoria por servicios de transporte aéreo de carga de Lima a provincias dependiendo si se trataba de carga perecible (courier y animales vivos) o carga de diarios y revistas. Asimismo, también denunció que Aerocontinente cobraba una tarifa menor a otros diarios competidores que la que le cobraba a El Comercio.

En cuanto a la diferencia de precios entre diarios, el INDECOPI señaló que varios diarios habían suscrito con la aerolínea contratos de canje por los que ofrecían

42 Sobre los efectos de la discriminación en términos económicos puede verse: KATZ, Michael. "Price discrimination and monopolistic competition", en: *Econometrica*, Vol 52, Nº 6 (1984). SCHMALENSEE, Richard "Output and welfare implications of monopolistic third degree price discrimination", en: *American Economic Review*, Vol 71, Nº 1 (1981). VARIAN, Hal. "Price Discrimination", en: *Handbook of Industrial Organization*, Vol. I (1989).

43 Entre otros puede verse: DIEZ ESTELLA, Fernando. "La Discriminación de Precios en el Derecho de la Competencia" (Madrid, Civitas Ediciones, 2003), pp. 80-85. GERADIN, D. y PETIT, N. "Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a Case-by-Case Approach", *Global Competition Law Centre Working Paper* Nº 07/05 (2005). Para el Perú puede revisarse: QUINTANA, Eduardo. "Discriminación de precios y libre competencia: ¿nuevos aires para una antigua figura?", en: *Jurídica* Nº 1 (2007), de próxima publicación.

44 Resolución 003-93-INDECOPI/CLC. Cabe agregar que en cuanto a la primera conducta denunciada, el INDECOPI verificó que la misma se había producido antes que se hubiera comenzado a aplicar las normas de libre competencia por lo que no consideró realizar un análisis mayor.

45 Resolución 001-98-INDECOPI/CLC.

avisos publicitarios con descuentos a cambio de precios menores en tarifas aéreas de pasajeros o carga, por lo cual se encontraba justificado que se cobrara un precio menor a tales diarios, más aún cuando Aerocontinente había ofrecido a El Comercio la suscripción del contrato de canje sin que éste lo acepte.

En cuanto a la diferencia de precios entre carga perecible y diarios, el INDECOPI afirmó que la demanda de los diarios por el servicio tiene características especiales pues se trata de una carga que requiere ser distribuida todos los días por la mañana y de inmediato. Asimismo, señaló que dada la capacidad limitada de bodega de las aeronaves, la carga de diarios compite con otro tipo de cargas para acceder al servicio de transporte. Adicionalmente, al existir una situación de restricción de la oferta de servicios (salida o retiro temporal de otras aerolíneas), las empresas que requieren el servicio de transporte inmediato deben estar dispuestas a pagar más, pues ese precio refleja el costo de excluir a todos los demás tipos de carga.

En consecuencia, INDECOPI concluyó que Aerocontinente había identificado una demanda que requería el servicio con carácter diario e inmediato, en los primeros vuelos de la mañana y, por ello, era justificado que le aplique una tarifa mayor. Para concluir, el INDECOPI señaló que *"(...) si existen explicaciones razonables para la política de precios diferenciados establecida por una empresa y si, de otro lado, del análisis de los hechos no se aprecia una finalidad restrictiva de la competencia, la práctica debería ser considerada lícita"*⁴⁶.

Como se aprecia, en el primer caso el INDECOPI planteó la posibilidad de que una diferenciación de precios geográfica se sustente en costos o en elasticidades de demanda distintas. En el segundo caso, el INDECOPI consideró justificada la diferencia de precios entre diarios porque era menos costoso atender a los otros diarios; mientras que entendió que la diferencia entre carga perecible y diarios se sustentaba en una suerte de mezcla de las justificaciones por costos y por elasticidad de demanda.

Si bien los referidos pronunciamientos enuncian la posibilidad de justificar una diferenciación de precios en distintas elasticidades de demanda, no efectúan el desarrollo conceptual de los supuestos en los que ello es admisible, ni definen las razones de eficiencia que lo explican, así como tampoco realizan un análisis formal sobre elasticidades de demanda, que efectivamente verifique que se trata de demandas diferenciadas. En dicho contexto, el reconocimiento de la justificación por elasticidades de demanda resultaba un avance en el análisis de este tipo de prácticas, pero aún requería mayores refinamientos y profundidad, para no quedar únicamente como un ejercicio académico soportado en la confianza del correcto funcionamiento del mercado. Más aún considerando que en algunos

casos este tipo de discriminación puede reducir el bienestar.

En tal sentido, era de esperar que la evolución de la aplicación de las normas de libre competencia se encaminara a superar las limitaciones indicadas. Sin embargo, la aplicación más reciente de las normas de competencia peruanas en esta materia no ha logrado dicho objetivo y más bien ha mostrado confusión en los criterios de análisis utilizados.

Así, en el caso de Depósitos Santa Beatriz S.R.L. y otros contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO), se denunció una discriminación por parte de DINO consistente en otorgar descuentos especiales en el precio de cemento únicamente a los comercializadores que se comprometían a comprar en exclusividad el producto de DINO y a adquirir determinados volúmenes mínimos de cemento de DINO.

En su análisis, el INDECOPI señaló que era necesario tomar en consideración la intensidad de la posición de dominio ostentada por la empresa denunciada y el grado de competencia que enfrenta, señalando que DINO tenía una elevada participación de mercado y que su competencia era débil. Luego de ello identificó que DINO suscribía contratos de afiliación con algunos comercializadores, que pasaban a ser subdistribuidores, otorgándoles descuentos sobre los precios de lista.

Al analizar esta práctica el INDECOPI concluyó que DINO establecía la obligación de compra exclusiva como condición para obtener precios menores y que ello era "ejercicio expreso y evidente de presión sobre los compradores" que tenía el efecto de excluir a los competidores. Según el razonamiento del INDECOPI, los compradores "no tienen opciones de libertad para rechazar el requerimiento" de compra exclusiva de DINO, el mismo que constituía un "mecanismo de disciplina a aquellos que no acepten la obligación de compra exclusiva", consistente en la "discriminación de precios entre afiliados y no afiliados". Asimismo, el INDECOPI consideró que la obligación de los afiliados de adquirir montos mínimos de cemento de DINO constituía una muestra más de la práctica discriminatoria pues constituía un "mecanismo de presión ejercido sobre los compradores que busca impedir que éstos traten con los competidores de la empresa dominante"⁴⁷.

En este caso se evidencia una confusión para analizar la práctica denunciada. En efecto, el INDECOPI reconoce que existía una relación de distribución entre DINO y los comercializadores, por lo cual debería haber analizado el caso según los criterios propios de las denominadas restricciones verticales de la competencia. Más aún, el propio INDECOPI señala que este tipo de casos "son descritos por las Directrices relativas a

46 Resolución 0078-1999/TDC-INDECOPI.

47 Resolución 0256-2005/TDC-INDECOPI.

las restricciones verticales, emitidas por la Comunidad Europea". Como se sabe, el análisis propio de las restricciones verticales de la competencia pasa por evaluar si existe competencia entre marcas –en este caso entre el cemento de DINO y de otras empresas– y, de identificar que dicha competencia no es muy fuerte –es decir si en el caso se determinaba que DINO no enfrentaba competencia de otras marcas–, se pasa a evaluar si existe competencia dentro de la marca –en este caso si DINO impedía que sus afiliados compitan entre ellos–. Es de esta manera como se define si las restricciones verticales generan efectos perjudiciales sobre la competencia⁴⁸.

Como se advierte, ese tipo de análisis se encuentra ausente en el caso en referencia y más bien se aplica el análisis que correspondería a un supuesto de discriminación. Al respecto, el marcado y reiterado énfasis que se hace sobre el hecho de que DINO contaba con una fuerte posición de dominio, para efectos de descalificar casi automáticamente el contenido de los contratos de afiliación, parecería indicar que el INDECOPI estuviera acogiendo los planteamientos iniciales de la Escuela de Harvard, según los cuales la estructura del mercado define casi automáticamente el carácter de las conductas de las empresas.

Asimismo, el pronunciamiento del INDECOPI hace gran énfasis en la supuesta presión que estaría ejerciendo DINO sobre los compradores, lo cual estaría limitando inválidamente su libertad de elección, con lo cual parecería que el objetivo de la norma de competencia fuera proteger la libertad de empresa –lógica propia de la Escuela Ordoliberal– y no tanto el proceso competitivo. Más aún, dado el reducido análisis de las posibles justificaciones de la conducta denunciada, pareciera que el INDECOPI hubiera recurrido a una criterio de ilegalidad *per se* para sancionar la discriminación que consideró que se estaba produciendo⁴⁹.

De acuerdo con lo señalado, la posición más reciente del INDECOPI indica que no se han dado nuevos avances en la aplicación de las normas de libre competencia en el campo de la discriminación de precios, sino más bien un aparente retroceso. Sería de esperar que en el futuro se profundice en el examen de las estrategias de diferenciación y/o discriminación de precios así como en el uso de herramientas para medir los efectos en el bienestar derivados de la discriminación de tercer grado.

2.3. Precios y Prácticas Predatorias

El tratamiento de las prácticas de precios predatorios ha variado significativamente a lo largo del tiempo⁵⁰. En la primera etapa de la aplicación de las políticas de competencia en Estados Unidos, al igual que con el resto de prácticas, los precios predatorios se enmarcaban, básicamente, en un contexto de discriminación predatoria, eran sancionados sin considerar la racionalidad de la práctica como una estrategia de largo plazo y, en algunos casos, tomando como referencia los costos del rival en lugar de los costos del supuesto predador. En dichos casos, una empresa podría llegar a ser sancionada simplemente por fijar precios potencialmente por debajo de los costos de su competidor, lo cual podría ser resultado de simplemente tener costos marginales menores y ser más eficiente⁵¹.

“(...) la posición más reciente del INDECOPI indica que no se han dado nuevos avances en la aplicación de las normas de libre competencia en el campo de la discriminación de precios, sino más bien un aparente retroceso.”

Posteriormente, a finales de los años cincuenta, McGee encabeza la crítica de la Escuela de Chicago al tratamiento de los precios predatorios⁵². En el modelo clásico de predación, una empresa reduce sus precios por debajo de sus costos, incurriendo en pérdidas de corto plazo, con el objetivo de eliminar y sacar a sus rivales del mercado y, posteriormente, incrementar sus precios de forma de alcanzar beneficios monopólicos.

La crítica se centra en la posibilidad de recuperación de las pérdidas en el período post-predación. Si el rival es racional será consciente de que el predador incrementará sus precios porque no puede mantenerse a pérdida indefinidamente, con lo cual optará por permanecer en el mercado. Si el predador tiene mayores ingresos que el rival, éste puede acudir al mercado de capitales y financiar su permanencia en el mercado. El predador reconocerá que el rival puede

48 CABALLERO y REY. "Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Integrations"; European Community Economic Papers 119 (1996). American Bar Association - ABA. Antitrust Law and Economics of Product Distribution Estados Unidos, ABA, 2006), pp. 264-294.

49 Cabe señalar que la segunda instancia del INDECOPI revocó la decisión de la primera instancia que había declarado infundada la demanda luego de un detallado análisis en base al cual consideró que el otorgamiento de los descuentos se encontraba sustentado en una justificación por costos.

50 Para tener una idea del cambio en los criterios de análisis de dichas prácticas, durante 1890-1970, el 77% de demandas fueron declaradas a favor de los demandantes, durante 1970-1990, este porcentaje se redujo al 8% y a partir de la década de los noventa, este porcentaje se ha incrementado al 17%.

51 Casos relevantes de esta época: *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 184 (1911); *Standard Oil Co. v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1913); *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685, 697 (1967). Muchos de los casos de esta época fueron encaminados como discriminación predatoria luego de la entrada en vigencia de la *Robinson Patman Act*.

52 MCGEE, J., "Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case", JLE (1958), 137.

actuar de esta forma y entonces no encontrará racional implementar una práctica de esa naturaleza por que no sería exitosa. McGee plantea que si el predador logra sacar del mercado a su rival, nada le garantiza que en el momento que incremente sus precios, otra empresa o incluso el mismo rival ingresen al mercado y le impida obtener beneficios monopólicos y recuperar sus pérdidas. En tal sentido, en cualquiera de los casos, la predación nunca ocurre en equilibrio y no es una estrategia racional.

La crítica de la Escuela de Chicago a la predación ha primado por mucho tiempo en el análisis teórico e incluso jurisprudencial de esta práctica⁵³. En particular, las Cortes Americanas sostuvieron que la práctica era inherentemente incierta y que su éxito era prácticamente imposible⁵⁴.

Sin embargo, durante la década de los ochenta, surgieron diversos modelos teóricos que demostraron que la predación podía convertirse en una estrategia racional bajo determinadas circunstancias. En general, se pueden distinguir dos tipos de modelos en los cuales la predación puede ser racional y exitosa: (i) los modelos de reputación, propuestos por los economistas Milgrom y Roberts, y Kreps y Wilson⁵⁵; y (ii) modelos de señalización, propuestos por Saloner⁵⁶. En primer lugar, estos modelos parten de reconocer que el análisis planteado por McGee demuestra que la predación clásica puede ser irracional. Es decir, la predación en un mercado donde no existen barreras de acceso, se compete en un solo producto homogéneo, y los agentes poseen información completa y perfecta.

En segundo lugar, los modelos plantean un escenario en el cual el potencial rival posee información asimétrica con relación a las características del predador al que se enfrenta (sea porque existe la posibilidad que el incumbente tenga menores costos o que encuentre racional preda el mercado) y las empresas compiten en varios mercados (sea porque producen varios productos o porque compiten en distintos mercados geográficos). Este contexto de información asimétrica cambia los incentivos del incumbente. Por ejemplo, en el caso del modelo de señalización, un incumbente con costos altos puede tratar de confundir al rival y pretender tener costos menores fijando un nivel de precios reducido (potencialmente menor a sus costos reales) con el objetivo de desincentivar la entrada del rival en los otros mercados en los cuales participa. En el caso del modelo de reputación, el incumbente puede

actuar de la misma forma con el objetivo de construir una reputación de competidor sumamente agresivo y con ello evitar que el rival decida ingresar a otros mercados en los cuales participa. En cualquiera de los modelos, el incumbente posee mayor información que el rival, y aprovecha esta situación para influir en las expectativas que tiene el rival con relación al mercado. Es importante destacar que en estos modelos no es necesario que el rival salga del mercado, sino simplemente disciplinar su comportamiento o evitar que se expanda.

Esta perspectiva fue llevada por primera vez a las Cortes cuando el Departamento de Justicia Americano (DOJ) inició una investigación de oficio contra American Airlines. American Airlines era la aerolínea dominante en el Aeropuerto de Dallas Fort Worth, compitiendo en varias rutas con aerolíneas de menores costos (*"low-cost carriers"*). Dichos competidores ofrecían precios sustancialmente menores hacia determinados destinos, American Airlines respondió bajando sus precios e incrementando el número de vuelos que servían tales rutas. Las aerolíneas de menores costos no pudieron mantener nivel de precios, optando por subirlos o salir de la ruta. Luego de la salida de sus competidores, American Airlines retornó a su política de precios previa, reduciendo el número de vuelos e incrementando los precios. En este contexto, el DOJ inició una investigación de oficio contra American Airlines por intento de monopolización en 4 rutas: Kansas City, Colorado Springs, Wichita y Long Beach.

A diferencia de casos previos, el DOJ sostuvo que la predación no estaba constituida sólo por los precios o por la respuesta inicial de American Airlines sino por una totalidad de actos tales como su subsecuente expansión de tarifas a precios bajos y de capacidad (incluyendo la frecuencia de los vuelos). El DOJ argumentó que la expansión no tenía ningún sentido de negocios a no ser que ocasionaría la salida o el cese de operaciones de los rivales y/o la disminución en su expansión, enmarcando el caso en un modelo de predación por reputación. De acuerdo al análisis precio-costo realizado, el DOJ demostró que American Airlines había sacrificado sus beneficios de corto plazo, y que dicha empresa razonablemente esperaba recuperar dicho sacrificio reduciendo la competencia en las rutas analizadas y, desarrollando una reputación de predación, en otras rutas donde era dominante⁵⁷.

53 El análisis de la Escuela de Chicago también generó que el criterio de Areeda-Turner fuera complementado, y en algunos casos reemplazado por la regla de análisis de dos etapas de Joskow-Klevorick.

54 Casos relevantes sobre la materia son: Liggett Group Inc. v Brown & Williamson Tobacco Corp, y Matsushita v. Zenith. Para mayores detalles sobre dichos casos, se puede revisar. KWOKA, J. y L. White. Antitrust Revolution. Tercera Edición.

55 MILGROM, P. y J. ROBERTS. "Predation, Reputation and Entry Deterrence", en: JET 27 (1982).

56 SALONER, G. "Predation, merger and incomplete information", en: RJE 18 (1987). Existe un tercer tipo de modelo, el modelo de bolsillos profundos que considera que el rival puede tener menores recursos que el predador y por ello, eventualmente ser eliminado del mercado. En tanto, también puede ser cuestionado por las mismas críticas de Chicago, no lo consideramos relevante para el punto que queremos demostrar.

57 El DOJ realizó 4 tests de "sacrificio":

- Si el costo incremental excedía el ingreso incremental.
- Si el costo variable medio de largo plazo (18 meses) excedía el precio.
- Si el precio se encontraba por debajo de la medición de costos de largo plazo de American Airlines.
- Si el costo incremental excedía el precio.

Un aspecto interesante de este caso es que se reconoce que el precio no es el único instrumento para realizar una práctica predatoria sino que las empresas poseen diversos mecanismos o estrategias para lograr la exclusión o la restricción de la competencia, en este caso, la expansión de capacidad unida a la disminución de precios. Asimismo, se sugiere que la recuperación de las pérdidas en caso de empresas multi-producto o que participan en distintos mercados, no necesariamente tiene que darse en el mismo mercado. Finalmente, al igual que lo planteado por la literatura económica, la predación tiene efectos anticompetitivos disciplinando las acciones del rival, evitando su expansión, reduciendo su participación a un nicho de mercado específico y deteniendo la entrada en otros mercados⁵⁸.

En el caso de la Comunidad Europea, el énfasis se ha centrado en el análisis precio-costo y en la intención de exclusión, más no necesariamente en la recuperación de las pérdidas. En el estándar inicial, si el precio se encuentra por debajo del costo variable medio, se presume automáticamente un abuso. Si el precio se encuentra por debajo del costo total medio, se sugiere analizar si ha sido posible la realización de una estrategia de exclusión y eliminación de competidores. En general, el análisis de otros factores que permiten presumir que el denunciado está realizando una estrategia predatoria es considerado relevante. Asimismo, se ha reconocido que las prácticas predatorias son más factibles en industrias multi-producto, en las cuales el estándar de costos es el costo incremental⁵⁹.

Las primeras decisiones del INDECOPI en materia de predación de precios partieron por señalar que dicha práctica a pesar de no encontrarse expresamente estipulada en la normativa resultaría sancionable en tanto restrinja o limite la competencia en un mercado. Asimismo, la Comisión de Libre Competencia esbozó algunos aspectos que deberían ser evaluados al analizar las prácticas de precios predatorios tales como: las rebajas selectivas de precios, el nivel de precios no rentable o poco rentable en un determinado horizonte temporal, y una política de precios dirigida a un competidor específico⁶⁰.

Sin embargo, es recién en 1998, con la denuncia de Intradeco contra Reckitt & Colman que el INDECOPI realiza un análisis completo de precios predatorios⁶¹. La denuncia fue por supuestas prácticas de precios predatorios en el mercado de betunes en lata para el lustrado de calzado. Luego del análisis realizado, se concluyó que el mercado no presentaba la existencia de barreras significativas de acceso y se encontraba sujeto a competencia potencial por parte de los productores de cera. Asimismo, si bien se verificó que los precios de Reckitt & Colman se encontraron por debajo de sus costos en un período determinado, se consideró que era extremadamente improbable que

la práctica desarrollada por Reckitt & Colman forzara a los rivales a salir definitivamente del mercado. Más aún, debido a la ausencia de barreras significativas de acceso, la denunciada carecía de suficiente poder de mercado para recuperar las pérdidas incurridas durante la etapa de supuesta predación a través del incremento de sus precios en el largo plazo. Finalmente, el INDECOPI consideró que no existían elementos que permitieran suponer la existencia de intención predatoria por parte de Reckitt & Colman.

En tal sentido, el INDECOPI evaluó la posición de dominio de la denunciada en el período de la supuesta predación, analizó la relación precio-costos, e incluyó un análisis de intencionalidad y efectos de la práctica considerando las posibilidades de recuperación de las pérdidas, siendo este un aspecto importante en la decisión final. De esta forma, el análisis siguió una metodología similar a la esbozada en los casos americanos previos al de American Airlines y cercana a la de la Escuela de Chicago. Asimismo, se trató de un caso uni-producto de empresas compitiendo en el mercado de betunes. De acuerdo con la información disponible, este fue el último caso que el INDECOPI procesó sobre precios o prácticas predatorias.

De acuerdo al análisis realizado, la literatura económica y la casuística internacional sobre prácticas predatorias han mostrado ciertos avances con relación a la posibilidad que dichas estrategias puedan ser racionales y exitosas bajo determinadas circunstancias. En particular, se argumenta que una estrategia predatoria es más factible a lo que previamente se argumentaba, especialmente en la presencia de empresas multi-producto o contacto multi-mercado, información asimétrica, posibilidad de lograr efectos de reputación, presencia de significativas externalidades de red. En ese sentido, quizás una forma de avanzar en el análisis de las mismas es partir por no generalizar su irracionalidad y evaluar bajo qué circunstancias y en qué mercados es más factible que puedan ser sostenibles y tener intención anticompetitiva. Asimismo, resulta necesario reconocer que los precios predatorios son sólo una forma de prácticas predatorias y que, en general, las prácticas predatorias pueden incluir distintas estrategias tales como la expansión de capacidad, los estrechamientos de márgenes, los subsidios cruzados anticompetitivos, el incremento de costos de los rivales, entre otros.

2.4. Precios Excesivos

Hasta hace tres años atrás parecía ya asentada la posición del INDECOPI en el sentido de que los precios excesivos no constituían una práctica prohibida por la norma de libre competencia peruana, y de que la autoridad de competencia no se encontraba facultada para investigar denuncias por ese tipo de supuestos.

58 Algunos autores plantean que esto resulta más relevante en mercados donde existen significativas externalidades de red.

59 Para mayor detalle revisar los siguientes casos: AKZO (1991), Tetra Pak (1994,1996), Deutsche Post (2001), Lufthansa vs. Alemania (2001), entre otros.

60 Resolución 070-96-INDECOPI-CLC.

61 Resolución 003-98-INDECOPI-CLC.

En efecto, en pronunciamientos previos el INDECOPI había manifestado claramente que no era su función pronunciarse sobre la imposición de supuestos precios abusivos o excesivos por parte de empresas con posición de dominio, sea que se tratara de precios de compra fijados a niveles muy bajos por un monopsonio⁶² o precios de venta muy elevados fijados por un monopolio⁶³, en tanto que los precios debían fijarse libremente en el mercado y eran producto de la confluencia de la oferta y demanda, de modo que las normas de libre competencia no se convirtieran en mecanismos de control de precios.

“(...) en el 2004 el INDECOPI modificó sustancialmente su postura y concluyó que sí era competente para iniciar investigaciones por casos de precios excesivos (...)”

Sin embargo, en el 2004, el INDECOPI modificó sustancialmente su postura y concluyó que sí era competente para iniciar investigaciones por casos de precios excesivos, en tanto que esta figura se encontraba prohibida por la norma peruana como un acto de abuso de posición de dominio. Para sustentar esta posición, el INDECOPI interpretó que la norma peruana no sólo prohíbe los actos de abuso de posición de dominio que tienen el efecto de excluir del mercado a los competidores, sino también aquellos que buscan explotar directamente a los compradores extrayéndoles parte o todo el excedente del consumidor.

Bajo esta premisa, el INDECOPI afirmó que la figura típica de abuso explotativo se centraba en los precios excesivos y que si bien no estaba expresamente tipificada por la norma peruana, como sucede con la negativa

injustificada a contratar o los contratos ligados, tenía el mismo efecto de explotación que estas dos figuras, por lo cual se encontraba prohibida como una práctica de efecto equivalente. Asimismo, el INDECOPI señaló que este supuesto se encuentra prohibido por otras legislaciones y que existe jurisprudencia extranjera en la que se ha sancionado la aplicación de precios excesivos. Finalmente, señaló que no existía diferencia práctica entre el análisis llevado a cabo para sancionar precios predatorios o una concertación de precios, y el que se requería para investigar un supuesto de precios excesivos, porque en todos estos casos se evalúa el nivel de los precios⁶⁴.

Siguiendo esta nueva línea de razonamiento, en un pronunciamiento posterior el INDECOPI –esta vez a través de su primera instancia– desarrolló los supuestos bajo los cuales analizaría denuncias por precios excesivos. Se estableció que en estos casos se seguirían los siguientes pasos sucesivos de análisis: (i) evaluar el nivel de barreras a la entrada existentes y verificar si éstas son severamente significativas; (ii) comprobar que la empresa denunciada es un monopolista, es decir, que tiene una cuota de mercado del 100%; y (iii) verificar la ausencia de regulación económica, esto es, que no haya un organismo regulador autorizado para fijar precios o tarifas de bienes o servicios. Según el INDECOPI, en este escenario la elección del consumidor se vería severamente restringida y las condiciones del mercado permitirían a la empresa en cuestión una apropiación significativa del excedente del consumidor⁶⁵.

Los precios excesivos se encuentran previstos como un supuesto de abuso de posición de dominio por el artículo 82 literal a) del Tratado de Roma⁶⁶. No obstante, es ampliamente reconocido que la aplicación efectiva de esta norma para sancionar casos de precios excesivos ha sido bastante escasa en la Comunidad Europea⁶⁷. Desde que se empezó a aplicar esta prohibición a los precios excesivos en 1975, han sido solamente 4 los casos investigados que se citan como ejemplo y que se han conocido por cerca de 25 años⁶⁸.

62 Resolución 003-93-INDECOPI/CLC. En este pronunciamiento el INDECOPI expresó lo siguiente: “(...) con respecto a la parte de la denuncia (...) que señala que Gloria S.A. estaría abusando al imponer a sus proveedores un precio por debajo de sus costos de producción, es necesario tener presente que no es competencia de la Comisión, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 701, establecer ni pronunciarse respecto a precios de venta o de compra, para cualquier producto o servicio, siendo que éstos deben fijarse conforme a la confluencia de la oferta y la demanda”.

63 Resolución 004-98-INDECOPI/CLC. En este pronunciamiento el INDECOPI manifestó lo siguiente: “Respecto del presunto abuso de posición de dominio por el establecimiento de un precio excesivo, de acuerdo al Decreto legislativo N° 701 y tal como se sostuvo en la Resolución N° 003-93-INDECOPI/CLC, no corresponde a la Comisión de Libre Competencia establecer ni pronunciarse respecto al nivel de precios de venta o compra, de cualquier producto o servicio, siendo que ellos deben fijarse libremente en el mercado. Al respecto, es pertinente indicar que (...) medidas para prevenir el abuso de posición de dominio no pueden de ninguna manera ser convertidas en formas de control de precios, ya que ello resulta inconsistente con la promoción de la competencia”.

64 Resolución 0225-2004-/TDC-INDECOPI (Central Unitaria de Trabajadores y Javier Diez Canseco contra la Asociación de AFP y cuatro AFP). Cabe señalar que este pronunciamiento revocó la decisión de primera instancia que declaró que la norma de libre competencia peruana no prohibía los actos de abuso explotativos y, siguiendo la jurisprudencia previa del INDECOPI, había determinado que los precios excesivos no se encontraban prohibidos.

65 Resolución 005-2005-INDECOPI/CLC (Representaciones Tecnimotors E.I.R.L. contra Luz del Sur S.A.A.).

66 Artículo 82.- “Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: (a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; (...)”.

67 Sobre el tema de precios excesivos en la Comunidad Europea puede verse, entre otros: DIEZ ESTELLA, Fernando. “Abusos Mediante Precios: Los Precios Excesivos”, en: El Abuso de la Posición de Dominio, Martínez Lage y Petitbó eds. (Madrid, Marcial Pons, 2006), pp. 251-272. EVANS, D. y PADILLA, J. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules; CEMFI Working Paper N° 0416 (2004). MOTTA, M. y DE STREEL, A. “Exploitative and Exclusionary Prices in the EU Law” (Florenia 2003).

68 General Motors Continental N.V. contra la Comisión de la CE (1975); United Brands Company y United brands Continental BV contra la Comisión de la CE (1978); British Leyland contra la Comisión de la CE (1986); y Francois Lucazeau y otros contra Societé de Auteurs Compositeurs et Éditeurs de Musique – SACEM (1989).

Recientemente se han presentado algunos casos a nivel de la Comunidad Europea, o de sus países miembros, vinculados principalmente con industrias de redes en los que se ha evaluado el supuesto de precios excesivos conjuntamente con otro tipo de prácticas como la discriminación o la negativa injustificada de trato⁶⁹.

Adicionalmente a la limitada experiencia en la sanción de casos de precios excesivos, no se ha llegado a definir cuáles son los caracteres propios de esta figura señalándose únicamente que se trata de un precio que no tiene una relación razonable con el valor económico del bien. Más aún, tampoco existe una metodología para identificar cuándo existe un precio que está por encima del nivel competitivo, sino que se han utilizado diversos métodos sin lograr un consenso sobre las mayores bondades de alguno de ellos⁷⁰. Las limitaciones patentes en el tratamiento de esta figura son muestra de la complicación que ocasiona su tratamiento para las autoridades de defensa de la competencia, puesto que las coloca en una situación muy cercana –peligrosamente cercana– a la de entidades reguladoras de precios. Al respecto, se ha señalado que la evaluación de esta figura por las autoridades de defensa de la competencia les exige medir la eficiencia de las empresas así como realizar una continua labor de fiscalización de precios, lo cual excede las funciones y los medios de este tipo de autoridades⁷¹.

Como una forma de dar una dimensión correcta a la prohibición de precios excesivos a través de las normas de competencia de la Comunidad Europea, se ha planteado que la misma sólo aplique cuando se presenten las siguientes circunstancias: (i) cuando existan barreras elevadas y no transitorias de entrada al mercado correspondiente; (ii) que se trate de empresas dominantes o monopólicas que gocen o hayan gozado recientemente de protección legal frente a la competencia; y (iii) que no exista una regulación o un regulador sectorial que pueda intervenir para controlar la situación⁷².

En nuestro medio se ha cuestionado la decisión del INDECOPI que afirma que los precios excesivos sí se encuentran prohibidos por la ley peruana, señalándose que ello es inconstitucional e ilegal. Al respecto, se ha señalado que prohibir supuestos precios exce-

sivos es contrario a los derechos y principios constitucionales que garantizan la propiedad privada, la libertad de contratación y la libertad de empresa; y que igualmente vulnera el artículo 61 de la Constitución que sólo prohíbe las prácticas que reducen la competencia, mas no las prácticas explotativas, como pretende el INDECOPI. Adicionalmente, también se ha planteado que la sanción de precios excesivos es ilegal, porque dicha figura no se encuentra tipificada expresamente en el Decreto Legislativo 701, sino que más bien el marco legal (Decreto legislativo 757) permite la libre determinación de los precios y sólo sujeta a control administrativo las tarifas de servicios públicos⁷³.

En adición a los cuestionamientos antes señalados, corresponde hacer un comentario sobre los requisitos impuestos posteriormente por la primera instancia del INDECOPI para la aplicación de la prohibición de precios excesivos. Según este pronunciamiento la prohibición de precios excesivos sólo aplica si el mercado presenta barreras a la entrada severamente significativas, la empresa es un monopolio absoluto y no se trata de un mercado regulado⁷⁴. Como puede comprenderse, la posibilidad de que se presenten los tres requisitos antes indicados es bastante remota. Si un mercado presenta elevadas barreras de acceso y como consecuencia de ello sólo existe una empresa, es casi seguro que se establecerá algún tipo de regulación que la controle. Consecuentemente, si dichos requisitos son fielmente seguidos, la prohibición de precios excesivos no sería aplicada casi bajo supuesto alguno.

Un último tema a comentar, pero no por ello menos relevante, es el de la lógica que se encuentra detrás de la pretendida evaluación de precios excesivos. El INDECOPI ha asimilado la evaluación de los precios excesivos a aquella que se efectúa al investigar un caso de precios predatorios o un caso de concertación de precios, y lo mismo podría haber hecho respecto de los precios discriminatorios. Esta asimilación es errada y diluye el verdadero tipo de análisis que se realiza con el supuesto de precios excesivos.

En un caso de precios predatorios no se analiza el nivel de precios en sí mismo, sino en comparación con los costos de producción, a fin de identificar si existe un objetivo de excluir al competidor al vender a un precio

69 Estos casos están relacionados con la fijación de cargos de terminación en redes de telefonía móvil (investigaciones llevadas a cabo contra KPN en el 2001, y T-Mobile y Vodafone en el 2005) o con la prestación de servicios postales (caso *Deutsche Post II* de 2001) en la Comunidad Europea, y también se han presentado en países como Inglaterra (caso *Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd* de 2001) o España (caso *Empresas Eléctricas* de 2004)

70 Sobre los pronunciamientos emitidos sobre esta materia y las metodologías utilizadas en los mismos se ha señalado lo siguiente: “¿Qué valoración han merecido dichos pronunciamientos y en especial la línea jurisprudencial que parecen apuntar? La única conclusión en la que todos los autores parecen coincidir es en la dificultad de identificar los precios excesivos y en la insuficiencia de los tests propuestos hasta ahora”. DIEZ ESTELLA, Op. Cit., p. 262.

71 DIEZ ESTALLA, Op. Cit., pp. 270-271.

72 MOTTA y DE STREEL, Op. Cit., pp. 16 y 17.

73 DIEZ CANSECO, L. y PASQUEL, E. “Precios Excesivos: Una Mirada a la Luz del Derecho Comparado”, en: *Advocatus* 10, pp. 355-364.

74 Según se advierte, existe similitud entre los requisitos impuestos por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI y aquellos presentados por Motta y de Streel en el contexto de la Comunidad Europea. La principal diferencia es que estos autores plantean que debe tratarse de una empresa monopólica que goza o ha gozado de protección legal recientemente, y se cuidan expresamente de señalar que si la empresa ha logrado la posición de dominio actuando en el mercado y sin valerse de una protección legal, entonces la autoridad de competencia no debe pretender sancionar precios excesivos. Por el contrario, el INDECOPI es más extremo y sólo exige que se trate de una empresa cualquiera –premunida o no de protección legal– siempre que cuente con el 100% del mercado.

por debajo de costos. En un caso de concertación no se analiza el nivel de precios en sí mismo, sino que se verifica si los competidores se han coludido para hacer un “fraude al mercado”. En un caso de discriminación de precios tampoco se analiza el nivel de precios en sí mismo, sino que se comparan los precios de la misma empresa para identificar si existe una diferencia injustificada.

En el caso de los precios excesivos sí se analizaría el nivel de precios en sí mismo, para que la autoridad de competencia defina cuánto es lo que debe obtener como utilidad la empresa, o cuál es el nivel razonable de utilidad que puede obtener por sus inversiones. Es, por esta razón, que se sostiene que la evaluación de precios excesivos puede llevar a la autoridad de competencia a terminar fungiendo como un regulador de precios, y no puede pretenderse “tapar el sol con un dedo” afirmando que se trata del mismo tipo de evaluación que se realiza con las figuras prohibidas antes mencionadas.

Todo lo anterior muestra la limitada aplicación que ha tenido la figura de los precios excesivos en la Comunidad Europea así como la falta de criterios conceptuales y metodológicos para su análisis. Asimismo, existen serios cuestionamientos sobre su legalidad dentro del marco constitucional y legal peruano. De igual modo, la evaluación de esta figura puede terminar llevando a la autoridad de defensa de la competencia hacia un campo –el de la regulación tarifaria– para el que no tiene las capacidades técnicas ni las atribuciones legales necesarias. Finalmente, dados los requisitos que ha establecido el propio INDECOPI para la evaluación de precios excesivos, el universo de casos en que puede aplicar la referida prohibición resultaría sumamente reducido, por no decir casi nulo.

Consecuentemente, cabe preguntar cuál ha sido la utilidad de generar toda esta discusión, cuando existen otras figuras de abuso de posición de dominio que han adquirido mayor relevancia en el debate internacional de los últimos años y a las que el INDECOPI no ha dado el tratamiento correspondiente, tales como las prácticas de descuentos selectivos, pinzamiento de precios o *price squeeze*, entre otras. Sería de esperar que en el futuro próximo la evaluación de estas nuevas figuras pase a ser parte de la agenda prioritaria del INDECOPI. Asimismo, debido a que en teoría los precios excesivos son factibles en mercados con significativas barreras de acceso, resultaría más eficaz que el INDECOPI retomara la realización de estudios de abogacía de la competencia, que buscaran implementar medidas para la remoción de dichas barreras.

III. Apreciación Crítica

La aplicación de normas de libre competencia en Estados Unidos y en la Comunidad Europea ha pasado por varias etapas similares tales como la protección de pequeñas empresas, la preocupación notoria por la estructura y concentración del mercado, la sanción de prácticas

según los criterios de ilegalidad *per se* o de regla de la razón. Una diferencia relevante es que mientras que los planteamientos de la Escuela de Chicago han sido influyentes en Estados Unidos, la Comunidad no hizo eco de ello. No obstante, en los últimos años la experiencia norteamericana ha mostrado mayor cautela hacia los postulados de la referida escuela y en contrapartida ha reconocido que ciertas prácticas empresariales tienen mayor potencialidad de causar efectos anticompetitivos y por ello, la importancia de evaluar los efectos de las mismas sobre eficiencia y bienestar, a través de la aplicación de técnicas económicas empíricas que permitan sustentar dichos efectos. En este caso la Comunidad Europea sí ha seguido esta última tendencia, confluyendo así los puntos de vista en ambas latitudes.

Salvando las diferencias temporales, puede afirmarse que hasta unos años atrás la aplicación de las normas de libre competencia en el Perú seguía una evolución similar a la de Estados Unidos y la Comunidad Europea. Consecuentemente, era de esperar que se continuara con la misma tendencia de modo que actualmente el INDECOPI se encuentre evaluando prácticas muy complejas, así como los efectos de eficiencia y bienestar de las prácticas investigadas, tratando de utilizar para ello métodos económicos de análisis empírico y herramientas econométricas más avanzadas.

En materia de concertaciones de precios, el Perú se encontraba dentro de la corriente internacional mayoritaria aplicando el criterio de la ilegalidad *per se*, y con la distinción entre acuerdos accesorios y desnudos parecía inclinarse por la línea de razonamiento de la Escuela de Chicago. El siguiente paso hubiera sido el análisis de cuestiones de mayor complejidad como por ejemplo los contornos y posibilidad de sanción de aquellas prácticas que permiten el sostenimiento de una colusión tácita, o la conveniencia de utilizar instrumentos y metodologías económicas más avanzadas para la probanza de concertaciones de precios.

Respecto de la discriminación de precios, el Perú había evaluado las estrategias de precios diferenciados considerando si se justificaban por los costos involucrados en atender a cada cliente, pero planteando también la posibilidad de que se justificaran por distintas elasticidades de demanda de los clientes, aunque sin presentar aún el respaldo cuantitativo correspondiente. En dicho contexto, lo que podía esperarse era el desarrollo conceptual de los supuestos en los que es admisible la justificación por elasticidades de demanda, según los efectos de eficiencia y bienestar que generaran, así como el análisis formal que verificara la existencia de demandas diferenciadas.

En cuanto a los precios predatorios, el Perú ha seguido la metodología clásica de evaluación de esta figura, aunque también ha introducido los postulados de la Escuela de Chicago en su análisis. En efecto, si bien se ha examinado la relación precio-costos, también se ha tenido en cuenta la posibilidad de recuperación de

pérdidas en la etapa post-predación, en función a la existencia de barreras de entrada al mercado, como un elemento de juicio relevante para descartar la posibilidad de éxito de la predación. En este campo, la literatura económica y la casuística internacional muestra que las estrategias predatorias pueden ser racionales y exitosas en industrias con determinadas características, como empresas multi-producto o contacto multi-mercado, información asimétrica, presencia de significativas externalidades de red, entre otros. Un avance en esta materia hubiera sido buscar definir criterios que definieran bajo qué circunstancias y en qué mercados es más factible que los precios predatorios puedan ser sostenibles y tengan intención anticompetitiva.

Finalmente, en cuanto a los precios excesivos o abusivos, el Perú había mantenido una posición fija señalando que los mismos no constituían prácticas anticompetitivas prohibidas por la ley. Dentro de esta lógica, podía esperarse que se mantuviera la misma posición y que la atención de la autoridad de defensa de la competencia se concentrara en figuras de abuso de posición de dominio que se presentaran con carácter recurrente o cuyos alcances se encontraran actualmente en debate por su gravedad para el proceso competitivo, tales como las prácticas de descuentos selectivos, pinzamiento de precios o *price squeeze*, entre otras. Igualmente, también debía esperarse que se realizaran estudios de abogacía de la competencia que promovieran la remoción de barreras de acceso al mercado lo que podría llegar a traducirse en la eliminación de la posibilidad del ejercicio del poder de mercado por parte de las empresas.

Sin embargo, la posición adoptada en los últimos años por el Perú en estas materias no ha dado lugar a avances esperados que lo acerquen en el mismo estado en que se encuentra la experiencia internacional.

En lo que corresponde a las concertaciones de precios, la discusión se ha dirigido a descartar la utilización del criterio de ilegalidad *per se*, con una óptica formalista y el supuesto respaldo de que en la Comunidad Europea no se utiliza dicho criterio sino que siempre se analizan los efectos de la conducta. Con ello se pierde de vista que lo que se sanciona en los casos de concertaciones de precios es el “fraude al mercado”, por lo que no deberían admitirse justificaciones para ese tipo de comportamiento. De otro lado, se han dirigido esfuerzos a tratar de sancionar la colusión tácita, pese a ser una consecuencia inherente a ciertas condiciones de mercado; mientras que se ha perdido de vista la investigación y sanción de las prácticas facilitadoras que pueden implementar las empresas para crear artificialmente las condiciones en que se presenta la colusión tácita.

En materia de discriminación de precios no se ha dado avance alguno que enriquezca el debate, ni que proporcione elementos de juicio a los agentes económicos sobre las condiciones en que las estrategias

de precios diferenciados dan lugar a efectos de eficiencia y mayor bienestar. Por el contrario, se han introducido elementos de análisis confusos y que parecen reflejar planteamientos desfasados en esta materia (aparente ilegalidad *per se* en función al tamaño de la empresa investigada y a la supuesta limitación de la libertad de empresa).

“En lo que corresponde a las concertaciones de precios, la discusión se ha dirigido a descartar la utilización del criterio de ilegalidad *per se* (...)”

En cuanto a los precios predatorios lo que ha habido es un estancamiento, en tanto que no se han emitido nuevos pronunciamientos. Con ello, el Perú ha quedado rezagado en el análisis de este tipo de conductas, ya que actualmente existen desarrollos teóricos así como decisiones jurisprudenciales a nivel internacional que reconocen la posibilidad de éxito de este tipo de estrategias, así como la posibilidad del uso de otros mecanismos distintos al precio con intención anticompetitiva. Si bien esta situación puede responder a que no se han presentado denuncias por este tipo de supuestos en los últimos años, debe señalarse que la autoridad peruana podría haber tomado la iniciativa para investigar estrategias predatorias –de precios o de otro tipo– en aquellas industrias con características que permitirían el éxito de las mismas.

Respecto de los precios excesivos, ahora se consideran prohibidos por la ley peruana como actos de abuso de posición de dominio explotativos y se ha definido un conjunto de requisitos para que exista dicha figura. Todo esto a pesar de que en el contexto europeo –donde este supuesto se encuentre tipificado– la investigación y sanción de casos de esta naturaleza ha sido casi inexistente y, además, adolece de falta de criterios conceptuales y metodológicos para su análisis. Asimismo, pese a que existen cuestionamientos sobre la legalidad de prohibir los precios excesivos dentro del marco constitucional y legal peruano.

En resumen, el Perú no ha dado los pasos necesarios para continuar en el avance hacia la discusión más profunda de los efectos de las prácticas investigadas, utilizando métodos económicos de análisis empírico o herramientas econométricas. Por el contrario, los pronunciamientos emitidos en los últimos años por el INDECOPI en materia de prácticas anticompetitivas de precios muestran una preocupación por cuestiones que resultan accesorias dentro del debate académico y jurisprudencial de realidades como la de Estados Unidos y la Comunidad Europea; además, indican una inconsistencia en la persecución de prácticas anticompetitivas.

Sobre lo primero, el INDECOPI ha dado pie al análisis de posibles efectos beneficiosos de prácticas tan graves como las concertaciones de precios, cuando es evidente que la existencia de efectos que justifiquen ese tipo de conductas es remota. Asimismo, el INDECOPI se ha preocupado de pronunciarse sobre los precios excesivos que, aún asumiendo que pudieran ser sancionables por las normas de libre competencia, tienen una reducida incidencia en la práctica. Más aún, luego de establecer que se trata de una práctica prohibida, el INDECOPI ha reducido notoriamente su ámbito de acción, demostrando que se trata de un supuesto remoto.

Con ello se han distraído esfuerzos que podrían haberse utilizado en la persecución de conductas que pueden tener mayor incidencia en los hechos, tales como las prácticas facilitadoras de condiciones para la colusión tácita o estrategias de descuentos selectivos o de pinzamiento de precios, estrategias predatorias

en industrias sujetas a innovación, entre otros. Asimismo, se ha discontinuado la innovadora práctica implementada por el INDECOPI de realizar estudios de abogacía de la competencia con la finalidad de impulsar la adopción de medidas destinadas a remover las barreras de acceso al mercado.

En cuanto a lo segundo, resulta poco consistente que por un lado se pretenda sancionar rigurosamente prácticas de abuso de posición de dominio explotativas, tales como los precios excesivos; mientras que por otro lado se permite la posibilidad de justificar concertaciones de precios; pese a que ambos comportamientos podrían llegar a tener los mismos efectos negativos sobre el bienestar, y a que resultan las segundas, las que en la experiencia internacional comparada son consideradas, si no de forma unánime al menos mayoritariamente, como sancionables de manera objetiva en tanto que de no existir dicho acuerdo las empresas no podrían gozar de los beneficios monopólicos. 