

Mesa Redonda

Límites a la Aplicación de las Políticas de Libre Competencia

Alfredo Bullard González*
José Juan Haro**
Juan García Montúfar***
Ivo Gagliuffi Piercechi****

"Según lo sostenido por las diversas prácticas de libre competencia, hemos podido apreciar un sin fin de discrepancias y discordancias en torno a nuestra normativa, empezando por la Constitución, hasta precedentes de observancia obligatoria. Es así que, atendiendo a la constante problemática en torno a estos temas, presentamos cuatro distintas perspectivas que contribuirán no sólo a una mejor comprensión del tema de acuerdo a nuestra realidad, sino también a cuestionar y formar nuestro propio punto de vista."

- 1. Tomando en cuenta que el Estado vigila y facilita la Libre Competencia según el artículo 61 de nuestra Constitución de 1993, ¿Usted cree que sus acciones deben ser activas o residuales? ¿Qué efectos conllevaría el posible retorno a la Constitución Política de 1979? ¿Qué elementos serían rescatables de dicha Carta, respecto de la actual; y sus dificultades?**

BULLARD:

El primer tema a tocar tiene que ver con el régimen constitucional y con el rol del Estado: el velar por la libre competencia. Ambas constituciones tocan el tema de cuál es el rol del Estado en este campo, lo tocan de manera bastante diferente: la Constitución del 79 recogiendo una posición, en mi opinión, equivocada: prohíbe los monopolios y no se preocupa del único monopolio que realmente es imposible corregir a través de las normas de competencia, que es el monopolio legal, el creado por el propio Estado. Este hecho tiene dos problemas, el primero es que, en mi opinión, el régimen o la función del sistema legal en los temas de competencia suele ser proteger el proceso competitivo, no el resultado de ese proceso.

En ese punto de vista prohibir los monopolios es algo tan absurdo como prohibir la congestión de tráfico, imagínense si la Constitución dijera que se prohíbe la congestión de tráfico, sería la norma más incumplida de la Constitución, por una simple razón porque prohíben un hecho que se deriva de la interacción individual en ciertas circunstancias; es decir, lo que puede haber son normas que regulan para que haya menos problemas con el tráfico, pero prohibir la congestión del tráfico es igual que prohibir el monopolio, el monopolio en el fondo puede ser resultado de un proceso natural de interacción en el mercado que termina con una participación importante del mercado.

Desde ese punto de vista ese no es el problema, el problema es el proceso a través del cual el monopolio se puede formar o el proceso por el cual el monopolio después se resiste a desaparecer. En eso la Constitución actual es mucho más clara porque lo que prohíbe son las prácticas, no prohíbe el resultado, no prohíbe la congestión del tráfico, prohíbe prácticas que puedan incrementar la congestión del tráfico en circunstancias en que este no es justificado; y lo segundo que hace la Constitución actual es prohibir un tipo de monopolio en

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio Principal del Estudio Bullard, Falla, Escurra Abogados. Profesor de Análisis Económico del Derecho en la PUCP. Miembro del Consejo Consultivo de la **Asociación Civil Derecho y Sociedad**.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho de la Competencia en la PUCP. Master en Derecho por la Universidad de Chicago.

*** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados. Master of Laws (LL.M.), Harvard Law School, Estados Unidos. Socio del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados.

**** Abogado por la Universidad de Lima. Socio del estudio Grimaldo & Lazo Abogados.

particular: el monopolio legal, aquel que no es corregido por los mecanismos de competencia.

Desde ese punto de vista en mi opinión, respecto al tema del régimen económico y en particular el régimen económico de la Constitución en relación a la libre competencia, creo que la Constitución anterior se enmarca dentro de un concepto absolutamente decimonónico y desfasado de lo que debe ser una política de competencia saludable.

GAGLIUFFI:

Lo que ocurre es que la Constitución de 1979 es producto de una discusión política de ese mismo año, allí intervinieron el APRA, Izquierda Unida y el PPC. La interacción de tres posiciones políticas completamente distintas y por tanto opuestas, genera una Carta Magna en la cual el capítulo de Régimen Económico trataba de recoger la postura de las tres posiciones políticas más importantes. Todo ello generó un híbrido.

En la Constitución de 1920 hay una prohibición expresa contra los monopolios, es la de ley (con la corriente de Mariátegui y Haya de la Torre). En la constitución de 1933 también se prohíben los monopolios expresamente. En la de 1979 dice que se prohíben los monopolios y oligopolios (amplía la figura) y adicionalmente dice: "Salvo que se trate de monopolios del Estado". Con lo cual el Estado puede tener monopolios, pero los privados no, en todo caso el Estado y los privados no lo pueden tener respecto de medios de comunicación y expresión (es la excepción en la cual nadie puede tener monopolios). La de 1993 de hecho es más acorde con las políticas de competencia globales, no se prohíbe el monopolio, no se prohíbe el oligopolio, sino lo que se prohíbe es el abuso de la posición monopólica u oligopólica.

En mi opinión, jamás regresaría a la Constitución de 1979. Considero que es anacrónica y nada conveniente. Lo que está correctamente prohibido son los monopolios legales, eso no lo tuvo bien en claro el último congreso cuando estuvo en discusión el tema del SOAT regional, por ejemplo, existe un proyecto de ley para que se entiendan cómo se puede malinterpretar el artículo 61 de la Constitución de 1993 en temas de competencia. En fin, esa es mi posición: no regresaría a la Constitución 1979 de ninguna manera.

GARCÍA MONTÚFAR:

Queda muy claro que entre la Constitución de 1979 y la de 1993 hay dos concepciones distintas: si uno piensa que la mejor opción es la de una economía centralizada y planificada, entonces ciertamente la competencia no es una opción.

Si uno piensa que los actores en el mercado son quienes realmente conocen lo que les conviene y es a través de la competencia como mejor se desarrolla la economía, entonces pensar en una economía planificada con limitaciones a la competencia carece de sentido. Partiendo

de ese punto de vista creo que no hay nada que pueda rescatarse de la Constitución de 1979, es claro que es una Constitución en la que el espíritu detrás de ella es un espíritu planificador, la propia Constitución lo que establecía es que el Estado formulara la política económica y social mediante planes de desarrollo que regularan la actividad de los demás sectores cuya planificación previa y concertada era de cumplimiento obligatorio. Había esta idea preconcebida que el Estado va a dirigir la economía, el Estado va a determinar qué sectores son los que deben desarrollarse, va a determinar cómo se van a desarrollar: de una manera concertada quizás, pero olvidaron el tema de la competencia. Entonces por lo menos en mi caso la opción es otra. Yo creo que la Constitución que tenemos recoge acertadamente la idea de un libre mercado como una vía más adecuada para lograr los fines que todos queremos de desarrollo, es por eso que la actividad del Estado debe ser una actividad residual, el Estado a lo que se debe avocar es a verificar que efectivamente se dé esta libre y leal competencia pero no debe regular el proceso en sí mismo, no debe buscar este intervencionismo que debemos dejar.

HARO:

Quisiera hacer dos comentarios:

En primer lugar, la Constitución de 1993 la verdad no dice nada. Es indudable que formula un principio básico y elemental: nuestro régimen público económico está organizado sobre una visión de libre mercado, pero no dice exactamente cómo debe ser el régimen legal de protección de la libre competencia. No lo dice explícitamente porque las constituciones suelen ser generales y abstractas, pero no es menos cierto que esa generalidad ha ocasionado debates más o menos encontrados en torno al modo en que debe desarrollarse el artículo 61 del texto constitucional. Piénsese, por ejemplo, en la polémica surgida sobre la posibilidad de sancionar prácticas explotativas, como el llamado "precio excesivo": el mismo precepto ha servido para que unos sostengan que la Constitución obliga a sancionar sólo prácticas exclusorias (esto es, conductas orientadas a la expulsión de los competidores del mercado), mientras que otros han alegado que el mandato constitucional impone también la sanción del abuso explotativo. Para mi gusto, hay cosas que deberían ser un poco más claras en la Constitución y que no lo son, por lo menos no como yo leo el texto constitucional en este momento.

En segundo lugar, me pareció muy interesante la parte de la pregunta en la que se cuestiona si el Estado debe tener en esta economía de libre mercado un rol residual o una visión de *affirmative action* (acción afirmativa). Mis antecesores se han referido a las distorsiones que genera el Estado cuando interviene en el mercado como empresario.

Existen, por supuesto, otros mecanismos a través de los cuales el Estado puede distorsionar el mercado con su intervención. Una cuestión interesante en este nivel es cómo debe actuar el Estado regulador; ¿cuál

debe ser su aproximación para la regulación de las actividades económicas?; ¿debe ser *ex post*, pasiva, fundamentada en un régimen clásico de defensa de la competencia o más bien lo que queremos es que la regla general sea la de la intervención *ex-ante* mediante regulación económica? Bajo el amparo del artículo 61 de la Constitución, por ejemplo, el día de hoy hay organismos reguladores – este es el caso del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) – que consideran que para promover la libre competencia es necesario establecer normas bastante intervencionistas, que se aplican concretamente a una empresa por anticipado.

Por ejemplo: recientemente, se emitió una norma que restringe la posibilidad de que Telefónica del Perú pueda lanzar paquetes de servicios que combinen servicios de larga distancia con servicios de telefonía fija y por esa vía limita la capacidad de dicha empresa para enfrentar a sus competidores. La pregunta es ¿qué es lo que resulta mejor para el interés de los consumidores?: que todos los participantes en el mercado puedan concurrir libremente en el mercado y si alguno de ellos tiene posición de dominio e incurre en alguna práctica anticompetitiva sea sancionado *ex post* o si lo mejor para el interés de los consumidores es este tipo de intervenciones. En la misma línea, desde hace dos o tres años existe una norma (que es la llamada norma de imputación tarifaria) que impone un precio piso para la provisión de servicios de larga distancia por Telefónica del Perú. Para ponerlo simple y sencillo, la norma establece más o menos lo siguiente: que Telefónica no puede nunca vender por debajo de ese precio, salvo contadas excepciones. ¿Qué es lo que ha venido ocurriendo en el mercado? Que muchos competidores de Telefónica venden por debajo del precio piso. Una vez más, en lugar de recurrir a la proscripción *ex post* del precio predatorio (observar si Telefónica vende consistentemente por debajo de los precios de sus competidores y establecer si éstos corren el riesgo de ser expulsados del mercado por no poder replicar esas condiciones), lo que hace el organismo regulador es prohibir *ex ante* que Telefónica participe en igualdad en el mercado.

Cuando se pregunta si es que el Estado debe tener una aproximación residual en el tema de la libre competencia o si es que el Estado debe realizar una acción afirmativa, la indagación no puede concentrarse sólo en la actividad empresarial del Estado. También se debe tener en cuenta la aproximación que se debe tener en la aplicación misma de las normas de libre competencia o en el desarrollo de políticas regulatorias. Todo ello es bastante relevante y no resulta cubierto en modo alguno por el texto actual del artículo 61 de nuestra Constitución. Si un texto constitucional de inspiración liberal permite ese tipo de intervenciones creo, sinceramente, que hay algo que vale la pena revisar.

GAGLIUFFI:

En este caso, en la Constitución del 93, el artículo 61 no está redactado de una manera muy precisa y eso

ha generado una serie de incertidumbres. Felizmente el INDECOPI aplicó las leyes de competencia a casos concretos, de manera bastante inteligente se está deslizando el tema de prácticas explotativas. Cuando se dio el caso AFP lo que se discutió era si el INDECOPI podría o no sancionar por precios excesivos: se sostuvo que no, porque no estaba contemplada en la norma la diferencia entre prácticas explotativas y prácticas exclusorias y que no había siquiera asidero constitucional para esta discusión. La Comisión de Libre Competencia en la resolución de primera instancia, afirma que la Constitución no prevé el tema de qué es una posición de dominio por prácticas explotativas y prácticas exclusorias.

Se hace una interpretación sobre los títulos de la norma y en base a título del Decreto Legislativo N° 701 concluye que solo podría sancionar prácticas exclusorias. No coincido con la comisión, creo que la interpretación debe ser mucho más amplia. La Constitución como está redactada, actualmente, desde mi punto de vista sí permite por lo menos acaparar los dos grandes temas de libre competencia: prácticas restrictivas de libre competencia y también abuso de posición de dominio. El hecho de entrar a un detalle tan puntual en la Constitución Política sería contraproducente: en cualquier nuevo tema que surja en Libre Competencia podría alegarse que no está contemplado en la Constitución y por lo tanto en base al control difuso, habrían abstenciones a la hora de resolver. Por lo tanto, no creo que se deba entrar en detalle en temas de Libre Competencia en la Constitución.

HARO:

Lo curioso del caso seguido por Central Unitaria de Trabajadores y Javier Diez Canseco con las AFPs es que la Comisión interpretó el artículo 61 en el sentido de que la norma impedía sancionar prácticas explotativas y la Sala de Defensa de la Competencia lo interpretó en sentido totalmente inverso. Los abogados podemos intentar descifrar lo que en realidad, para cualquier cristiano, la norma no dice.

Si uno cree en el libre mercado, la sanción de prácticas explotativas a través del sistema de libre competencia es absolutamente inconsistente. Probablemente, eso no lo pueda decir nunca la Constitución con ese nivel de detalle. Pero precisamente eso es lo que quería destacar en mi intervención: que la norma constitucional lo único que dice es que debe haber un cierto nivel de apertura en el mercado. En un marco tan genérico como éste, efectivamente la Sala de Defensa de la Competencia ha dicho que es posible sancionar prácticas explotativas. En ese mismo marco, los organismos reguladores están recurriendo cada vez con mayor asiduidad a una suerte de *affirmative action*, supuestamente destinada a tutelar el proceso competitivo, pero que en realidad está perjudicando a competidores concretos y favoreciendo a pequeños operadores, sin considerar el perjuicio que este tipo de nuevo intervencionismo puede causar al bienestar de los consumidores. Esta, por supuesto, es una opinión personal.

Lo único que quería puntualizar es que la Constitución apuesta por el libre mercado, pero no es tan precisa como puede parecer a primera vista.

2. En relación con el caso Metales Bera, ¿Cómo se analizan las prácticas competitivas y califican como ilegales? ¿Cómo se han analizado las mismas en el Derecho Comparado?

GAGLIUFFI:

Lo que se discute en el caso de Metales Bera es el tema del mercado geográfico. Cuando se analizan temas de posición de dominio el análisis que siempre aplican los órganos de competencia es, primero, determinar el mercado relevante; segundo, ver si en este se ha realizado una posición de dominio y, tercero, ver si ha realizado un abuso de posición de dominio. Lo que ocurre en el caso de Metales Bera es que el gran análisis es ver cuál es el mercado relevante. En el mercado relevante hay que ver dos análisis adicionales: producto y geográfico. El producto era estaño y se determina que en el mercado geográfico Bera no tenía posición de dominio pues lo que se tenía que tener en consideración eran las importaciones en otro país, se hablaba de Malasia, Brasil, entre otros. Y de todas las importaciones que existía se concluía que Metales Bera ostentaba un 10% u 11% de la posición de mercado y, por lo tanto, como no tenía posición de dominio ni siquiera había que pasar al análisis siguiente y el caso se declaró infundado.

GARCÍA MONTÚFAR:

Lo que quería comentar es que la resolución recoge el hecho de lo que es la competencia. El derecho a la competencia se enriquece conforme va avanzando la economía y conforme los sucesos se van dando en la realidad, se necesita un derecho que se corresponda con la realidad y la realidad es que ya no estamos teniendo un mundo territorial: las fronteras comercialmente ya cayeron, nosotros a través de Internet podemos estar en cualquier lugar del mundo, ya la economía se ha globalizado. Lo que es interesante en el caso es la definición del mercado relevante; vamos a ver aquí en la República del Perú realmente cuánto es el mercado y si ese mercado cede. Ese es un tema muy importante: ver que significa el mercado relevante que cosa significa mercado, donde están los actores de ese mercado, cómo es que se adquiere el producto para ese mercado. El derecho no debe aparecer como algo absolutamente estático las normas, es cierto, van a ser difícil de modificar pero la capacidad de interpretación es la que nos debe llevar a estar a la par con el desarrollo en la realidad, de otra manera, nos vamos a ir desfasando y no es posible que el derecho este de espaldas al desarrollo.

HARO:

El caso de metales Bera es un caso didáctico. Quizá lo interesante del caso es que utiliza un esquema de aproximación semejante a los *Horizontal Merger Guidelines*, utilizados por el Departamento de Justicia

de los Estados Unidos. Además, cuando uno empieza a revisar la resolución encuentra cosas que sirven para la vida.

“El derecho a la competencia se enriquece conforme va avanzando la economía y conforme los sucesos se van dando en la realidad (...)”

En primer lugar, sirve para distinguir entre el nivel conceptual y la actuación real de las autoridades de competencia. El test del monopolista hipotético es un test ideal. Lo que el test propone es que la definición del mercado relevante se trabaje en una lógica de círculos concéntricos: ampliando la definición del mercado de producto y luego la de mercado geográfico para tratar de enmarcar en su real dimensión la posibilidad de sustitución. Cuando uno lee la resolución descubre que en los hechos las autoridades de competencia no tienen que hacer algo tan profundo para convencerse de que el mercado relevante es más grande o más pequeño de lo que las partes alegan que es. En la práctica, las autoridades de competencia realizan su tarea recorriendo un camino de esclusas: abriendo sólo una por vez ahorran costos administrativos y evitan el dispendio de los recursos públicos. Por ejemplo, si para poder sancionar se tienen que probar cinco o seis cosas concurrentes y existen algunas que son más fáciles de probar y otras que son más difíciles de probar, entonces hace sentido ver primero lo que es menos costoso probar y suspender el análisis si es que alguno de los elementos tipificantes no se encuentra presente. Así se procede, por citar sólo un ejemplo, en el caso de los precios predatorios.

En segundo lugar, me parece que la resolución omite algo que es muy importante en el caso de mercados verticalmente integrados como las telecomunicaciones o la energía. Se trata del análisis del nivel comercial en la definición del mercado relevante. En el caso de metales Bera se señala que el mercado debe definirse en términos del producto y en términos geográficos. Existen situaciones, sin embargo, en que esas dimensiones no son suficientes y se hace necesario precisar si la práctica anticompetitiva se desarrolla, por ejemplo, en un mercado mayorista o en un mercado minorista.

Finalmente, yo diría que hay una razón más por lo que el caso de Metales Bera resulta interesante: es un poco el convencimiento de que no existen justificaciones válidas para proteger al productor nacional en desmedro del interés de los consumidores. Por lo menos para mí, ahí está la riqueza del caso desde el punto de vista de política económica. Lo que en el fondo se le dice al denunciante es si hay un mercado internacional donde usted puede comprar un insumo no se puede obligar

al proveedor nacional de ese insumo a venderle en condiciones preferentes. Había una norma absurda en el Decreto Legislativo 701, lo cual señalaba que si alguien producía algo en el país no podía venderlo afuera más barato de lo que lo vendía aquí y eso es absolutamente contrario a la lógica económica.

BULLARD:

Es un caso antiguo, no es un caso importantísimo ni ha sido debatido, conozco poca gente que haya discutido sobre principios de fondo del caso. No obstante, es un caso importante porque tiene todos los pasos para ver como se debe de identificar un mercado relevante y tiene la definición de mercado producto.

El caso consiste en que, METALES BORA fabricante de baterías de automóviles, le dice: véndeme estaño a MINSUR (productor de estaño) y este le contesta NO yo escojo a quien le vendo. Y lo primero que enseña Metales BORA, y que todo especialista en competencia debe saber, es que el 90% de casos en el Perú definen el mercado relevante, pues la mayoría mueren ahí, porque se define lo que el mercado relevante tiene, que el tamaño de la empresa no permite tener posición de dominio.

El caso discute lo que es el ABC central de cualquier caso de libre competencia y donde se da buena parte del fracaso o del éxito de un caso, lo segundo que tiene es la definición tanto de producto como geográfico. El producto la parte alega que hay dos estaños, la principal discusión es si el estaño boliviano debía incorporarse o no dentro del mercado relevante. Entonces habian dos componentes: estaño y boliviano. ¿Cuál era la discusión sobre el estaño? El estaño boliviano aparentemente era de menor calidad que el estaño peruano con lo cual no era el mismo producto; entonces, la discusión recaía en ver si eran distintos y realmente era así pues el estaño boliviano requiere de un proceso de refinación más costoso, pues tiene más impurezas. Ahora la pregunta era y cuánto más costoso y luego de analizar el costo se concluye que cuando había escasez de estaño en el Perú iban a Bolivia compraban y lo utilizaban. Con lo cual se demostraba en la realidad que compartían el mercado relevante.

Ahora al analizar lo geográfico se ve lo más importante del caso, que es como lo señalaba Jose Juan, la definición de política en competencia, dado que no es preciso proteger al productor nacional, hay que proteger el mercado, hay que proteger la competencia. Algo que me llamo la atención del Informe Oral, fue que el Señor de Metales Bera, dijo dos cosas. En primer lugar, que era una aplicación extraterritorial de la ley, pues no era posible el estar incluyendo a Bolivia, la ley peruana rige para el Perú no para Bolivia, con lo cual la materia revestía carácter inconstitucional e ilegal. Esto demuestra que el señor se encontraba en una situación de incomprensión absoluta de cómo funciona el derecho de competencia. En segundo lugar, lo que señalo el Señor Bera es que como era posible que los peruanos, teniendo estaño en el Perú, tengan que

comprar en otro lado, si el estaño peruano es para los peruanos. Ese era el argumento central, porque los consumidores peruanos no podemos disfrutar de los bienes de otros países.

El caso llega a decir: si usted considera solamente al mercado peruano 100%, si considero el boliviano solamente 45%. Entonces, acabó la discusión pues no había posición de dominio. La comisión llega a decir algo más – es suficiente con Bolivia, pero se pueden incluir otros países. El caso de Bolivia era muy claro, pues por la Comunidad Andina no habían aranceles; además las minas de MINSUR quedaban muy cerca de la mina boliviana solo separado por la frontera, con lo cual el costo de transporte era el mismo. Esto no quiere decir que se aplique solo para los países en los que no hay arancel, ya que hay países que aunque con arancel pueden entrar dentro del mercado relevante, diciendo con esto de alguna manera que los mercados trabajar interrelacionados.

El caso tiene el mérito de reflejar el funcionamiento del derecho a la competencia en un mundo en el que Perú empieza a reconocer un mundo globalizado, donde el mercado no se define por fronteras geográficas.

3. ¿Consideran que los Pactos de Exclusividad podrían encerrar subrepticamente una forma de repartición de Mercado, ya que se limitaría la libertad de elección del consumidor?

GARCÍA MONTÚFAR:

Con relación a la pregunta se trasluce un perjuicio. El perjuicio es que todo acto que restrinja la competencia *per se* debe ser sancionado, que puede limitar la elección del consumidor.

En realidad, existe más de una resolución del INDECOPI en la que se ha establecido que no todo acto que tenga por objeto restringir la competencia *per se* debe ser considerado ilegal.

En realidad es otro el examen que debe realizarse y aquí viene la llamada regla de la razón. Hay que analizar si es que finalmente el acto conlleva o no a una sanción específica; no se aplica solamente a este caso sino a todos aquellos donde se presente limitaciones a la libre competencia.

Uno de los primeros casos fue el de transportes CIVA vs MARISCAL CÁCERES en el que los acuerdos sustantivos, en el que toda empresa fija la competencia. Era evidente que un terminal de buses, tiene algunas limitaciones sobre los horarios y la forma de salida y entrada de los buses. Entonces, se denuncia que yo firmo un acuerdo y yo que he firmado este acuerdo denuncio que se viola la competencia por que se ha limitado la competencia. Cuando se limita la competencia es por un propósito determinado. Se limita la idea de ser mas eficientes en la prestación del servicio lo cual finalmente va a incidir en el consumidor.

Eso es lo que finalmente se analiza, se analiza si algo va más allá de lo que puede ser una simple limitación. Un error es siempre ser prejuicioso, pensar que uno es malo por naturaleza. Se debería tomar el tiempo para analizar si efectivamente dichos actos conllevan o no una violación a la libre competencia.

HARO:

En el fondo lo que la pregunta implica es que el reparto de mercado es malo. Y el caso que menciona Juan es uno en el cuál el reparto de mercado es absolutamente razonable.

Lo que pasa es que en el caso de CIVA vs MARISCAL CÁCERES es un caso en el que el reparto de mercado se produce entre competidores y esto es lo que lo hace particularmente sospechoso. En la realidad, los pactos de exclusividad y las reparticiones de territorio normalmente se producen en una relación vertical y es ahí donde uno confirma con claridad la razonabilidad de este tipo de prácticas. Piénsese en una franquicia, por ejemplo, Pizza Hut que cuando concede territorio se obliga con su franquiciado a no poner otro franquiciado en dos kilómetros a la redonda. La estipulación tiene sentido porque genera incentivos de inversión para el franquiciado, que sabe que no va a ser atacado por otro concesionario de Pizza Hut en su territorio. En estas condiciones, el franquiciado puede realizar inversiones en publicidad, comprometerse con la marca y colaborar con la estrategia de maximización de la capilaridad comercial de Pizza Hut. Los acuerdos de repartición de territorios en relación a una marca son absolutamente razonables. También podría plantearse el caso pensando en la guerra comercial que se ha suscitado entre Movistar y Claro, que – para incrementar sus puntos de venta – están expandiendo su red de distribuidores. Lo mínimo que se le tiene que garantizar a un distribuidor (de lo contrario no va a querer distribuir) es un territorio específico, para que tenga un campo propio de acción.

Esta es una primera aproximación que se debe tener del tema. Antes de ver el tema legal o la aplicación de la norma uno tiene que ver la lógica del mercado y sobre todo la lógica del negocio que está detrás de este asunto.

¿Qué límites son necesarios? En el caso seguido por Telecable contra Telefónica Multimedia (Cable Mágico) por la suscripción de contratos de exclusividad con Fox y con Turner, el denunciante alegó que la exclusividad imposibilitaba la competencia.

La resolución – emitida en mayoría – establece que acuerdos verticales como éste pueden evaluarse tanto a la luz del artículo 6º (prácticas restrictivas de la competencia) como bajo el prisma del artículo 5º (abuso de posición de dominio) del Decreto Legislativo 701. Al igual como opinaron quienes suscribieron el voto en discordia en tal caso, yo tengo la impresión en cambio de que los acuerdos verticales sólo pueden ser

sancionados bajo el artículo 5º, en la medida que sólo pueden existir preocupaciones anticompetitivas en este tipo de situaciones cuando alguna de las partes que interviene en la transacción tiene posición de dominio en un mercado relevante. En cualquier otro supuesto la sanción no tiene sentido porque cuando una empresa que se encuentra en competencia celebra acuerdos de exclusividad, esta estrategia puede ser replicada por sus competidores, lo que va exacerbar el proceso competitivo.

BULLARD:

La pregunta en sí misma es subrepticia. La repartición de mercado es usualmente una práctica horizontal y el convenio de exclusividad es una práctica vertical. Es decir, la repartición de mercados se realiza entre competidores cuando por ejemplo uno de los competidores decide vender en Arequipa y el otro en Lima, este es el caso más clásico. Por su parte, los convenios de exclusividad suponen una repartición de mercado, pero no de la forma en que se habla en el primer caso, en la cual el de arriba o el de abajo dependiendo de que tipo de convenio sea, hace de su mercado, a través de sus mecanismos de comercialización. Por ejemplo, Mac Donalds, no va a poner una franquicia suya frente a otra porque no quiere competir consigo mismo, lo que una empresa quiere es que sus franquicias compitan con otras franquicias (de otras empresas).

Si efectivamente se encuentra un caso en el que un conjunto de competidores simulan un acuerdo de exclusividad para que funcione un acuerdo de separación de mercados definitivamente. Imagínense, por ejemplo, que todos los grifos se ponen de acuerdo para ir donde el suministrador de combustible y le dicen que debido a que se han puesto de acuerdo para no competir entre ellos, el se encargue de celebrar convenios de exclusividad para repartirse mercados y de esa forma su convenio a nivel horizontal funciona porque el distribuidor sanciona a los grifos. Eso estaría mal. Pero eso no significa que los convenios de exclusividad sean intrínsecamente malos.

Subrepticamente, pueden temer una repartición de mercado. Si estamos hablando de una simulación de un cartel, entonces sí podrían encerrar subrepticamente una forma de repartición de mercado.

En realidad los convenios de exclusividad suelen ser, en la mayoría de los casos, perfectamente legítimos, perfectamente lógicos que benefician a los consumidores principalmente porque evitan problemas de externalidades: Cuando un empresario hace el esfuerzo de invertir en mi empresa, formar vendedores, poner publicidad para que vendan zapatillas NIKE en mi tienda, y luego vengán a vender zapatillas de ADIDAS, de mi competidor.

La intención de los convenios de exclusividad es alinear los intereses y no generar un beneficio a mis competidores. Por ello suelen ser buenos.

En el caso de Cementos Pacasmayo, se dice sin decirlo que los convenios de exclusividad son per se ilegales. El problema del caso es que cuando uno estudia la gama de este mercado descubre que estos convenios de exclusividad bajaron los precios porque los convenios (también conocidos como convenios de integración vertical), que en realidad no eran de exclusividad sino que concedían ciertos beneficios a los distribuidores abanderados de Cemento Pacasmayo, lo que hacían era alinear los intereses porque habían ciertos distribuidores locales que tenían posición de dominio; es decir, grandes ferreterías que podían imponer condiciones en el mercado. Al entrar estos abanderados, que en realidad tenían menor nivel, los precios bajan y el mercado se alinea con lo cual fue realmente un alivio para los consumidores. Además esta Resolución hace casi una asimilación entre los contratos de exclusividad con un cartel.

4. En el caso de los Precios Predatorios es necesario tener en cuenta elementos objetivos (precios inferiores al coste y posición dominante del mercado) y subjetivos (eliminación de la competencia). Se considera también como práctica predatoria llegar a un acuerdo de absorción. ¿El Estado debe de intervenir en estos casos cuando es un deseo natural para la firma el de superar o absorber a sus competidores?

HARO:

De inicio, se debe trabajar sobre la pregunta. Hay que distinguir entre prácticas predatorias y precios predatorios: "prácticas predatorias" es uno de los nombres con los que se conoce a las prácticas exclusorias, el centro de lo que se sanciona como abuso de posición de dominio o monopolización. El término "precios predatorios" alude a una práctica mucho más específica: la reducción del precio por debajo de los costos. Visto de esa forma, el precio predatorio poco tiene que ver con las absorciones. Cuando en la pregunta se habla de absorciones entiendo que se está queriendo hacer alguna referencia a la teoría de concentraciones y fusiones. Imagino que las concentraciones y la predación podrían tener relación en algún caso, pero yo diría que eso es inusual. Debido a las limitaciones de tiempo, ahora voy a realizar algunas reflexiones sobre precios predatorios, más adelante tendré oportunidad de realizar otras sobre el control de concentraciones y fusiones.

En cuanto toca a los precios predatorios, existe abundante literatura que, utilizando títulos tan grácicos como "Buscando Unicornios" o "Cazando Fantamas", da a entender que la predación a través de precios es una cosa más o menos irreal. Yo no sé si diría tanto, lo que sí tengo claro es que, en la generalidad de los casos, cuando se acusa a alguien de incurrir en predación de precios se le acusa indebidamente.

¿En qué consiste la práctica de predación de precios? La idea es muy sencilla: se alega que quien tiene

posición de dominio tiene la capacidad de reducir los precios por debajo de costos en el corto plazo, de modo que sus competidores no puedan replicar esa estrategia y luego sean expulsados del mercado. El dominante, una vez que haya logrado su propósito, está en la capacidad de elevar sus precios para recuperar la inversión en predación. Hay historias más sofisticadas (subsidios cruzados, price squeeze o pinzamiento de precios, etc.), pero digamos que las alegaciones de predación de precios siguen más o menos el mismo patrón. Ahora bien, ¿cuál es el problema? La predación es difícil de probar. Para sancionar la conducta se tiene que demostrar que el dominante está perdiendo en el corto plazo (porque está vendiendo por debajo del costo) y probar que está en condiciones de recuperar sus pérdidas en el largo plazo.

Hay una serie de modelos econométricos y algunos ejercicios interesantes que se han realizado para demostrar que, las más de veces, que una empresa incurra en este tipo de conductas sería abiertamente irracional. Por eso no debe extrañar que la mayor parte de casos de predación de precios que se denuncian a nivel nacional e internacional se declaren infundados. Lo interesante es que, precisamente porque se sabe que es muy difícil probar un caso de predación de precios, normalmente las autoridades de competencia evalúan elementos cualitativos antes de empezar a evaluar si los precios cubren los costos de producción. Esto tiene sentido porque es bastante complicado analizar los costos de una empresa, sobre todo si se tiene en cuenta que la mayor parte de empresas de este mundo son multiproducto; es decir, que producen varios productos con la misma planta.

"La predación es difícil de probar, para sancionar la conducta se tiene que demostrar que el dominante está perdiendo en el corto plazo (...) y probar que está en condiciones de recuperar sus pérdidas en el largo plazo."

Lo primero que se revisa en un caso de predación es si concurren los elementos que hacen presumir razonablemente la posibilidad de que el predador pueda recuperar su inversión en predación. A mi me tocó analizar alegaciones de predación continuamente a propósito de la aplicación de la prueba de imputación tarifaria en el sector de las telecomunicaciones. Esta experiencia me ha generado el convencimiento de que la mejor forma de descartar la existencia de la práctica es evaluar si los competidores pueden replicar (o, mejor todavía, están replicando) el precio que el supuesto predador tiene vigente en el mercado. En otras palabras,

si alguien me acusa de predación pero yo puedo demostrar que algunos de mis competidores tienen precios menores al mío, el caso debe cerrarse. Esto es algo muy sencillo de analizar, pero normalmente se pasa por alto porque la teoría suele describir únicamente tres elementos tipificantes de la conducta: (i) la reducción de precios por debajo de los costos del denunciado; (ii) la existencia de bajas barreras de salida del mercado que permitan la expulsión de los competidores; y (iii) la existencia de altas barreras de acceso al mercado que impidan la competencia una vez producida la expulsión y garanticen la recuperación de la inversión en predación. Cuando uno se centra únicamente en esos elementos, puede llegarse a conclusiones equivocadas.

Sobre el tema de concentraciones yo no quisiera opinar en este momento. Estoy seguro que lo que puedan decir sobre el particular los demás participantes en esta mesa va a ser tremendamente coincidente con mi opinión.

BULLARD:

A mí, como a José Juan me costó entender la relación entre el tema de los precios predatorios y el tema de absorción que también interpreté como un tema de fusiones

Es curioso que haya tres preguntas sobre predación; es decir, el 33 % del interés está en la predación, lo cual no me extraña.

Recuerdo que cuando estaba en la universidad no había el curso del Derecho a la Competencia y claro por ahí había un profesor medio despistado que casi siempre te contaba el siguiente ejemplo de práctica predatoria: "Un supermercado grandazo que baja sus precios para liquidar a todas las bodegas". Este es el ejemplo clásico que da la gente que no sabe mucho y no obstante ello, dicen que eso es el *antitrust*.

La práctica demuestra que la predación es realmente un fantasma que da vueltas, que si puede pasar en casos tan extraños que la verdad sería como preocuparse de si los fantasmas existen, son raros los casos de predación.

Usualmente lo que ocurre en la predación es todo lo contrario, es la reacción de los competidores a una estrategia agresiva de los precios de parte de uno de los que está en el mercado y lo acusan a todos de predación. Los casos más típicos son esos y el otro caso típico de predación es el cartel, eso se usa como predación; de hecho el caso más conocido de predación en el Perú es uno en el que se acusa de predación y cuando se entra en una revisión se encuentra con que es una concentración y claro, lo acusan de predator.

Lo que ocurre, es que la predación es una práctica muy peligrosa porque si se instrumentaliza mal el control a la libre competencia se convierte en un mecanismo para hacer un juego de carteles y esto también explica porque a las autoridades en competencia siempre tienen un carácter político, unas son más técnicas que otras, pero

siempre tienen un carácter político y la presión política del Congreso.

La mayoría se preocupa por precios, pero se preocupan por precios altos no por precios bajos y cuando se habla de predación se habla de precios bajos; con lo cual usualmente a nadie le gusta ver casos porque se está vendiendo barato a los consumidores; entonces eso genera antipatías.

Gracias a Dios, este caso alinea lo político con lo económico ya que la verdad en la mayoría de las empresas y es más, en la mayoría de casos de predación son formas de competencia, son formas de producción, son formas de entrar al mercado, son mejoras en eficiencia de empresa; y como bien dice José Juan calcular los costos es la cosa más difícil, las propias empresas no saben cuáles son sus costos, las empresas hacen estimados, pero su costo real no lo saben juegan en el mercado y si van teniendo pérdidas se van dando cuenta que tienen un problema de costos y de repente empiezan a ver donde recortan si deben subir el precio o no. Ni las propias empresas saben sus costos y una autoridad afuera diferente a la gente que está en INDECOPI que está trabajando, estos abogados economistas que entran al mercado de avena y quieren determinar por sector el costo de la avena es una práctica compleja que a todo el mundo la motiva porque suena el caso típico del abusivo que baja los precios para liquidar a todos sus competidores, pero la verdad, en el fondo no es un tema tan importante ni tan relevante.

GAGLIUFFI:

Por qué es malo bajar precios, pues simplemente porque los competidores tienen que tener una suerte de colchón que los aguante, pues sino saldrán del mercado.

Bajar precios en precios predatorios es una fiesta para los consumidores, lo que Alfredo dice es que las autoridades de competencia tratan de no variar los precios porque consideran de que el sancionar a una empresa por disminuir sus precios genera un poco de antipatía en el mercado, en los consumidores, pero el consumidor solo va a poder festejar por unas semanas, unos meses hasta que yo (empresa) depredo, extingo a mis competidores y de ahí establezco una suerte de monopolio. Estos son, un poco, los elementos que se consideran constitutivos.

Al margen de este tema, hay algo bien curioso, dos casos de depredación que yo recuerde.

El primer caso fue INTRADEVCO contra RECKITT & COLMAN y se declaró infundado, porque se consideraba que no habían determinados parámetros relacionados con el fondo en el caso.

El segundo caso de María del Carmen Molta Wendel y otros contra PROQUINSA el cual es un caso del año 1996, en el que el tema es que, para mí, lo que ha hecho el INDECOPI, en este caso, es simplemente establecer normas con las cuales no se pueden analizar casos de

precios predatorios. No hay casos en el Perú y no los va a haber ¿por qué? porque tienes un elemento objetivo: el determinar el costo, lo cual no es imposible hacerlo, se puede determinar, es complicado, pero no es imposible, en consecuencia, el punto que sí es un obstáculo para el tema de depredación es la demostración del elemento subjetivo: dolo; es decir, el que se acredite la intencionalidad del depredador para depredar.

Lo que siempre va a decir el depredador es que no está depredando, sino que está reduciendo precios por temas competitivos; que se acredite el dolo va a ser complicado, ya que si se va a la teoría de la prueba tendríamos que encontrar por ejemplo una comunicación de un gerente general hacia sus subalternos donde les señale que se va a bajar precios para destruir a los competidores depredando el mercado, de otra manera no tengo prueba que demuestre depredación.

Para mí lo que se ha hecho es extinguir la posibilidad de que en el Perú se analicen casos de depredación, así que no me preocupa en el Perú los temas de depredación.

HARO:

Creo que muchas veces una estrategia agresiva de precios puede ser fácilmente confundida con depredación. Creo además que sí es una buena noticia para los consumidores que los precios caigan y precisamente por ello también es una buena noticia que los competidores sean agresivos. Cuando uno considera que la agresividad comercial es sospechosa, lo que empieza a tener es un conjunto de casos de depredación, que – paradójicamente, como decía Alfredo – lo que quieren hacer es disciplinar a los innovadores. Yo pensaría que eso no es deseable desde el punto de vista del bienestar social. Me parece que es mejor que sea difícil abrir la puerta de la depredación y por eso estoy absolutamente de acuerdo con lo resuelto en los casos a que Ivo hacía referencia.

Hay dos casos interesantes en adición a esos. Se trata de los casos conocidos en el sector de las telecomunicaciones como Boga 1 y Boga 2. Son casos en los que un competidor pequeño (Cable Express, que el día de hoy ha sido adquirido por Telmex) se queja porque Telefónica Multimedia (Cable Mágico) baja los precios en las áreas de concurrencia.

En uno de los casos la denuncia se declaró infundada y en el otro se transigió sin sanción. En el caso que fue declarado infundado el mismo principio estuvo presente: no se puede sancionar a una empresa sólo por reducir los precios si es que lo que explica esa estrategia es simple y sencillamente la competencia. Yo estoy de acuerdo con esa línea de pensamiento. Al menos sobre ese punto tenemos alguna discrepancia con Ivo.

GARCÍA MONTÚFAR:

Lo que yo entiendo, que es otra pregunta, es el tema de las fusiones eso lo vamos a ver con más detalle más adelante, pero lo cierto es que si revisamos la

economía de nuestro país ahora, en este momento hay sectores que vienen pasando por procesos agresivos de absorción, de consolidación del mercado, un ejemplo es el caso del sector pesquero en el cual hasta ahora no vemos que se genere un problema a los consumidores o a la competencia, la cual será más agresiva, se hace menos, pero se vuelve más agresiva.

Nuevamente no partamos del hecho de prejuzgar las figuras, vayamos a analizar que sucede en el caso concreto, antes de hacer otras cosas

5. En el Antitrust Law, la Sherman Act prohíbe los Precios Predatorios cuando dan lugar a posibilidades peligrosas de una verdadera monopolización, mientras la Robinson Patman Act requiere solamente una posibilidad razonable de daño a la competencia. Tomando en cuenta la realidad del Mercado Peruano ¿Cuál de estas dos concepciones resultaría mejor aplicar?

BULLARD:

En primer lugar, haré una referencia, muy breve a esta distinción, porque sinceramente a mí no me ha quedado muy clara la diferencia.

En mi opinión, la distinción que hace la pregunta es una que puede darse en la jurisprudencia que está después de la *Sherman* y después de la *Robinson patman*; en el Perú, que yo recuerde, no hay la distinción que hace la pregunta, no está en la norma. Lo que sí es cierto es que tienes el *antitrust* de principios del siglo XX y el *antitrust* después de la *Robinson patman* (que está en otra época, con otra concepción ideológica del *antitrust* más flexible, más dable a encontrar casos de abusos de posición de dominio).

Creo que la pregunta cae a pelo con algo que hemos estado discutiendo, que se refiere al tema de si debe ser muy exigente o no, la autoridad en poner estándares altos o no, para que se pueda denunciar un caso de depredación de precios; yo coincido con José Juan.

Cuando es posible que cometas un grave error, es mejor como lo dice Santo Tomás, en la duda abstente, entonces si hay gran posibilidad de un error mejor que el marco constitucional ponga dificultades para hacer difícil que el error se cometa.

Yo creo que el caso de precio predatorio es un caso donde la duda hay que tenerse, Ivo hacía alusión a las fiestas gordas, claro eso es lo que está de tras de la lógica. Lo que pasa es que todos están felices porque los precios bajaron, pero no se dan cuenta de que estos precios bajos son engañosos porque en poco tiempo van a quebrar todos y va quedar una sola gran empresa, quien subirá los precios, recuperando de ese modo, todo lo que se ha invertido y mucho más.

Entonces, a los consumidores hay que protegerlos, como bien dice José Juan, eso no pasa casi nunca y yo casi

eliminaría el casi porque las circunstancias para que eso ocurra son extrañísimas.

Se parte de asumir esa regla o esa lógica porque el mercado tiene barreras de acceso, ya que si se hace este juego, eliminas a todos y subes tus precios, la teoría económica y la práctica demostrará que inmediatamente entrará otro competidor y al entrar este, disminuirá los precios; con lo cual el consumidor saldrá ganando porque volverán a bajar los precios.

“El antitrust está para sancionar conductas relacionadas a la competencia, no para sancionar lo lógico (...)”

Al parecer, existe algo intrínsecamente equivocado en el razonamiento. Si ustedes se dan cuenta para que una práctica sea considerada predatoria, en primer lugar, el predador tiene que perder plata para hacer perder plata al otro, y en segundo lugar, el predador va a perder más plata que el predado porque para que el predador le funcione su estrategia, el tiene que conseguir que el otro reduzca sus costos retrayendo su producción y el predador tiene que aumentar su producción, con lo cual va a aumentar su pérdida; es decir, el predador va a perder más que el predado. En tal medida el depredador tiene que tener *espaldas anchas* para aguantar ese juego; va a perder dinero con la esperanza, de que al fin de la fiesta de los consumidores, y que una vez que se vaya el competidor se va a quedar solo, pero adviertase lo siguiente: para ser exitoso en esta fiesta de precios predatorios tiene que ser:

- 1.- Fácil de sacar a los competidores,
- 2.- Difícil de que entre un competidor nuevo.

Es decir, para que la fiesta sea “gorda” se tiene que sacar rápido al competidor para que no pierda mucha plata el predador, y una vez que lo ha sacado, tiene que ser difícil de entrar, muy difícil de entrar. Usualmente en un mercado donde es fácil sacarlo es fácil de entrar por una razón de costos hundidos.

Si yo construyo una central hidroeléctrica y he invertido veinte mil millones de dólares para construir una súper central y viene un predador y me tira abajo los precios para que yo quiebre me voy a defender hasta con las uñas; con lo cual va a ser difícil sacarme.

En este caso la predación va a demorar años para que funcione, pues el otro que ha invertido una gran cantidad de dinero se va a defender hasta las últimas consecuencias y cuando tenga éxito, ¿cuánto cuesta entrar de nuevo?. Definitivamente ahí se cumple que es muy difícil de entrar porque ha construido otra central hidroeléctrica, además que la infraestructura va a quedar ahí, la verdad de las cosas es casi imposible.

Cambiemos el ejemplo, pensemos en un caso en donde es fácil sacarlo. Este es el caso de un quiosquito que tiene poca inversión y se ubica un Wong al costado de este y baja los precios, el quiosco quiebra y Wong queda solo en el mercado sube los precios, pero otra vez alguien pone un quiosquito porque es muy económico ponerlo y Wong de nuevo tendría que perder plata en su intento de sacarlo del mercado, nunca le funcionaría solo lo hará si hay barreras de entrada en el mercado y cuál es, para mí, el único supuesto que me parece razonable es si hay barreras legales. Es decir, si para sacar una licencia de una aerolínea te demoras 50 años; entonces, claro predas, lo sacas y luego te quedas tranquilo porque el Ministerio de Transporte te va a proteger durante 50 años, ahí funciona, si no encuentras ese elemento hay ciertos supuestos muy particulares, modelos econométricos casi de laboratorio que te muestra que eso podría pasar; pero en el mundo real eso no pasa.

GAGLIUFFI:

Creo que estoy escuchando de José Juan que en el tema de precios predatorios, está bien que no haya sanción porque es un tema que finalmente no daña mucho porque como señala Alfredo: llega Wong, ve el quiosco, se pone al lado, quiebra el quiosco y cuando este ya logró su objetivo, aparece un nuevo competidor; de ese modo, siempre va a haber una especie de tira y afloja en los temas de predación.

Se debe tener en cuenta lo siguiente: cuando yo hablo de predación y acredito que está por debajo de los costos medios, se está acreditando un tipo de predación no un daño, lo cual es un hecho cierto.

Lo que ustedes están diciendo, es que no son temas de predación porque finalmente, de acuerdo a algunos modelos econométricos, porque dentro de poco tiempo, estamos especulando, podrían venir otros competidores y llenar esos mercados y terminar nuevamente abaratando una serie de precios.

Para mí, si yo estuviera a cargo del tema, yo sí creo que pueda ampararse el tema de precio predatorio, esa es mi posición.

BULLARD:

El *antitrust* está para sancionar conductas relacionadas a la competencia, no para sancionar lo lógico, si alguien quiere pasar el resto de su vida vendiendo por debajo del costo marginal, está loco, y solo va a quebrar, lo que te dice la teoría económica es: esto es un fantasma porque es muy difícil que pase realmente; si alguien quiere vender por debajo de su costo; es decir, si alguien quiere regalar algo, ¿eso es predación? No, no es predación, si alguien te regala muestras gratis no es predación, estas vendiendo por debajo del costo marginal, tal vez por un tiempo razonable y si alguien te regala algo todos los días, es predación? Todos los días viene el chino de la esquina y te regala algo, está loco, y claro todos quiebran, pero nuevamente no tiene un sentido económico, ese chino

loco va quebrar en cualquier momento, salvo que sea millonario, y si no quiebra en buena hora porque todo el mundo va comer gratis.

La preocupación es en realidad infundada, salvo en casos tan extraños que existen condiciones tan absurdas como había en el código de tránsito anterior que decía: cuando usted salga en retroceso de su casa no puede manejar a más de 7 kilómetros por hora; que posibilidad que atropelles hay cuando salgas y además a siete kilómetros por hora, primero estás mirando el velocímetro (que no marca 7 Kilómetros por hora) y lo segundo es que esta mirando la velocidad para cumplir la ley y no está mirando a tras a ver si atropellas a alguien; son reglas que crean para supuestos que no van a resolver ningún problema, yo creo que ese es el gran problema de los precios predatorios.

GARCÍA MONTÚFAR:

Me parece que este es un caso bastante extremo y bien difícil de encontrar un caso que pueda ser materia de discusión, se puede dar el caso, pero lo que se debe hacer es, primero ver que es lo que queremos obtener y en función a eso cual es la valla que debemos poner; debemos permitir un código de mercado, permitir que de alguna manera el mercado se regule a sí mismo y proteger esa capacidad de competencia.

HARO:

La pregunta exige distinguir el tratamiento que la *Sherman Act* y la *Robertson-Patman Act* prestan a la predación. La Ley Sherman no dice nada al respecto. En esencia el texto de esta ley sólo tiene dos secciones relevantes: una que dice que las restricciones de comercio son ilegales (sin precisar qué son las restricciones de comercio) y otra que sanciona la monopolización y el intento de monopolización (pero que tampoco dice en qué consisten éstas). La *Sherman Act* fue un instrumento político que se emitió para salir de un problema complicado que tenía el Congreso de los Estados Unidos al final del siglo XIX, que era la fuerte oposición que se estaba gestando al interior de la sociedad norteamericana contra la concentración de capitales. Lo que hizo el Congreso fue actuar como normalmente actúa un Congreso: como válvula de escape. El Congreso emitió la ley. ¿Y qué cosa decía la ley? No decía nada. Su contenido fue delineándose en el tiempo, conforme la Corte Suprema de los Estados Unidos fue aplicándola. Es un caso extraño porque se trata de una suerte de *Common Law* basado en derecho positivo. El Antitrust Law norteamericano es, en definitiva, derecho jurisprudencial fundado en una norma vacía de contenido normativo relevante.

La *Sherman Act* es bien distinta de la *Robertson-Patman Act*. Esta ley sí que dice mucho. Cuando se emitió, la norma tenía el extraño propósito de intentar combatir los monopolios en su formación. Era una norma muy

intervencionista y, como decía Alfredo, efectivamente se explica por el contexto social en la que fue emitida. Ahora bien, la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene un caso, *Brooke Group*¹, que reconcilia las dos normas. Yo diría, por tanto, que el día de hoy esa distinción no existe más en el *Antitrust Law* de los Estados Unidos. Capítulo uno.

Acometamos ahora el capítulo dos: la discusión sobre predación que venían sosteniendo Ivo y Alfredo. Ivo decía: "Si yo acredito que porque el otro bajo los precios he perdido, tengo un daño y tengo entonces un caso". No, no tengo un caso. Si perdiste plata puede ser que seas ineficiente o puede ocurrir que el supuesto predador tenga menores costos que los tuyos. El hecho de que hayas perdido plata no demuestra absolutamente nada. Además, el costo relevante para medir la predación no es el costo del que ha perdido plata; es el costo del que ha tenido éxito en el mercado: lo que se debe probar en un caso de predación, recordémoslo, es que el denunciado está vendiendo por debajo de su costo. Para complicar más la situación, es muy probable que alguno se vaya encontrar con una situación curiosa: que ése que está vendiendo por debajo del precio pueda mostrar un estado de ganancias y pérdidas en azul; es decir, que está ganando plata allí donde otros pierden. Así funciona el mercado. Richard Epstein, que es un gran pensador de la Universidad de Chicago, ha escrito ya algunos artículos que apuntan en una línea bien dura. Dice él que no le encuentra mucho sentido a la sanción de la monopolización; es decir, a la persecución de las conductas unilaterales que en nuestro país se sancionan como abuso de posición de dominio bajo el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701. Yo, cada vez más, tiendo a pensar que está en lo correcto.

No es posible que exista una ley que le pida al competidor que no quiera la destrucción de su rival. Seamos sinceros: en el mercado yo estoy para ganar dinero y si hay otro que pretende lo mismo, entonces ese otro tiene un interés en conflicto conmigo. Si uno le pregunta a un gerente qué cosa es ser exitoso en el mercado, el gerente le va decir probablemente que el éxito supone la destrucción del competidor que tiene al frente. Así funciona el mercado y si no nos gusta, pues pensemos en la intervención. Lo relevante, sin embargo, es que la intervención puede generar mayores perjuicios que los que busca corregir. Los gerentes, que actúan en su propio interés y en representación del interés de la empresa para la que trabajan, probablemente producen más bienestar social que el que puede alcanzarse mediante la regulación económica. Se trata de la mano invisible a la que se refería Adam Smith. Yo creo firmemente en la idea de que las decisiones descentralizadas de los consumidores y de las empresas, producidas en un mercado libre, generan mejores equilibrios que la intervención estatal. Si no queremos que el mercado funcione así, tengo la impresión que no creemos tanto en el mercado.

1 Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. (92-466), 509 U.S. 209 (1993).

6. Tomando en cuenta el caso María del Carmen Molta Wendel VS. PROQUINSA, en el cual INDECOPI ¿Considera que en caso de haberse producido un supuesto de Precios Predatorios, la normativa aplicable sería el Decreto Legislativo 701?, ¿qué fuente Normativa consideran sería la aplicable en el supuesto de Precios Predatorios?

GAGLIUFFI:

El Decreto Legislativo 701 Art. 5 inciso f por cláusula general, es una posición de dominio. Ahora, volviendo al ejemplo de Alfredo, del chino loco, es un tema interesante. El chino loco venía cobrando diez y el competidor cobra diez, pero, de pronto, el chino loco decide cobrar como precio cero (los está regalando) y yo (competidor), tengo que cobrar a diez, o máximo a siete, porque mi costo medio es seis ¿puedo hacer algo contra el chino loco?, si me está quebrando. Lo que me están diciendo ustedes en el fondo es que el chino loco se está haciendo el loco, pues lo que quiere en realidad es eliminar a su competidor del mercado en base a la estrategia de bajar de diez a cero. Esto que parece divertido ¿es competitivo?. Vamos a entrar al tema, pues estoy como el intervencionista en la mesa. Sin embargo, no va a ser tan fácil. De acuerdo a la teoría, los precios predatorios es que cobres por debajo del costo medio. Si un competidor lo hace para sacar a otro del mercado, yo considero que es un tema contemplado en el Decreto Legislativo N° 701 Art. 5° Literal f. Pero, según lo que me están diciendo es que yo no puedo defenderme de este tipo de prácticas y tengo que aceptarlas. En el fondo ustedes me señalan que el día de mañana, yo tendré que cerrar mi tienda y el chino, ¿seguirá cobrando cero?, no, subirá a diez o a quince porque ya no tiene competidor. Si es un poco más inteligente, cobrará cinco, porque así, si un día yo (el competidor) quiero regresar, no voy a poder hacerlo nunca pues porque mi costo medio es seis. Así, utilizando los ejemplos, veremos que hay una serie de posibilidades. En la vida no es blanco o negro.

GARCÍA MONTÚFAR:

Vamos en orden. En el ejemplo de Ivo el mercado sería el beneficiado pues estamos partiendo de un precio de diez y terminarían vendiendo a seis

GAGLIUFFI:

Sí, pero el competidor ha sido eliminado

GARCÍA MONTÚFAR:

Si se va al tema del beneficio de los consumidores, este sí se produciría.

GAGLIUFFI:

Tienes razón, en el tema de los consumidores, a menos que el que se quede en el mercado suba el precio a diez

GARCÍA MONTÚFAR:

Yo pienso que existe la práctica y en teoría es sancionable. Lo que pasa es que hay un problema al

aplicar la sanción, es decir, al momento de determinar cuál es el costo, y en función a él cuál es el precio predatorio y poder demostrarlo ante el INDECOPI. En cuanto a la norma que contiene a los precios predatorios coincide con Ivo en que se trata del Artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.

HARO:

No hablaré sobre la norma que debería aplicarse, porque no me parece que sea un tema de demasiado interés. Hablaré en su lugar del ejemplo del chino loco, que la verdad no me gusta demasiado. Pienso que Alfredo lo pone para hacer una concesión de principio en la argumentación. En la realidad, si un chino decide entrar al mercado a competir lo más probable es que no sea loco.

La teoría microeconómica clásica, que hasta el día de hoy sirve para explicar la mayor parte de los fenómenos que se dan en el mercado, parte de un postulado básico: que los agentes económicos son racionales. Ello implica que si alguien decide entrar al mercado es porque quiere ganar plata. No creo que haya chinos locos en el sector privado. El chino loco es, normalmente, el Estado. El Estado sí puede depredar porque lo que arriesga no es su dinero sino el dinero de los contribuyentes. Así ocurre cuando, por ejemplo, una municipalidad pone gratuitamente una red Wi-Fi para que todos accedan a Internet. Se utiliza el dinero del Estado para otorgar beneficios gratuitos a los consumidores. Las empresas de telecomunicaciones dicen que eso es un problema porque no harían eso si fueran un privado. Es más, nadie haría eso. Pero, como usted es el Estado, que usa el dinero de los contribuyentes, sí hace algo que en el fondo es irracional. A ese tipo de chinos locos considero que son los que hay que atacar.

Lamentablemente, Ivo, si te fue mal en el negocio de los abarrotos, para eso no existe el Derecho de la Libre Competencia. Ese es el riesgo de los negocios. Justamente en los negocios obtengo más ganancias porque asumo un riesgo que es superior al que debo enfrentar si decido depositar mi capital en un banco.

BULLARD:

Discrepo con José Juan; yo sí creo que existen los chinos locos, existen en el sector privado, pero el mercado los disciplina, a que me refiero, el ejemplo del chino loco te muestra que salvo que el chino loco tuviera tanta plata, tanta plata que pudiese aguantar toda su vida y la vida de todos sus herederos para distorsionar el mercado con su locura, bueno pues salvo ese supuesto, que me parece absolutamente irreal.

El mercado en un momento ya no tiene dinero para comprar abarrotos y ya no los puede regalar a nadie porque su conducta sería tan ineficiente e irracional que, generalmente, el mercado no le admite que eso funcione por un tiempo prolongado; mientras funcionó generó un beneficio para los consumidores, quienes están felices; por otro lado, si generó perjuicios para un grupo de productores, sin embargo, por qué vas

a prohibir al chino loco, porque hace quebrar a sus competidores; eso le contestaba a Ivo y su chino dejó de ser tan loco, aparentemente, porque le dio un concepto de razonabilidad en su razonamiento, porque yo chino loco quiebro a todo el mundo y después subo el precio a diez, eso solo se justifica si el chino loco se puede quedar suficiente tiempo en el mercado para cobrar diez durante suficiente tiempo para recuperar todo lo que se tiró y además de eso ganar y para eso tiene que quedarse mucho tiempo.

Eso hace que ese chino loco haya tenido un piso de razonabilidad, ahora eso solo funciona en principio, cuando tienes al Estado que le dice: una vez que quiebran las bodegas, veinte años para abrir otra, si no es ese supuesto lo más probable es que vas a tener otro competidor en el momento que el chino loco subió y el chino loco si no tiene más plata, se acabó, en realidad, en mi opinión, están persiguiendo un fantasma, estas persiguiendo algo que solo ocurre en supuestos de irracionalidad tan extrema y si ocurriera, el propio mercado tiene soluciones mucho más eficaces y los chinos locos de los que hablaba José Juan no están solo en las municipalidades que regalan Wi-fi, están también en las agencias de competencia y cuando están en las agencias de competencia hacen cosas muy parecidas, es decir, distorsionan las cosas porque no les parece que se cobre mucho, distorsionan las cosas porque les parece que perjudica a los industriales o a los consumidores, y ahí es peor porque ya sería un chino corrupto, quien vende, se vuelve loco porque le dan plata y claro, yo no estoy hablando; no creo que las agencias de competencia en el Perú con todo lo que se dio en el pasado y que se puedan dar en el futuro sean corruptas, pero cuando les das discrecionalidad para actuar en un tema donde realmente nadie sabe la respuesta; porque los premios novel soviéticos la mayoría saben como ganaron, calculando demanda agregada y costo marginal y establecían modelos de ejemplo de costo marginal, que paso con la unión soviética en esas épocas se fue al hoyo porque era un modelo teórico incapaz de aplicarse en la práctica; la agencia de competencia que quiera hacer lo mismo va a quedar como el científico loco soviético que quiere calcular costos y no puede hacerlo, es un peligro tremendo que esto funcione de esa manera.

7. Luego de lo Sucedió el 11 de setiembre de 2001, Continental y American Airlines, sufrieron grandes pérdidas en el Mercado Americano. Al mismo tiempo, una aerolínea de reciente formación (JET BLUE), empezó a cubrir el mercado que las anteriores habían perdido. Como consecuencia de ello, el Gobierno Federal les proporcionó un Subsidio, tomando en cuenta las pérdidas económico-sociales que su desaparición conllevaría ¿Cuál fue el efecto de los subsidios en el mercado? ¿Considera que el Estado debió proporcionarlos?

GARCÍA MONTÚFAR:

Esa pregunta si voy a tener que excusarme porque una de esas aerolíneas es cliente nuestro.

HARO:

En realidad no estoy al tanto de cual fue el efecto en el mercado de los subsidios a que aluden, pero si me parece relevante destacar que hay todo una discusión sobre el tema de las ayudas y subsidios estatales, la cual es de raigambre europea.

“(...) si una empresa está a punto de quebrar en el mercado lo mejor que puede ocurrir normalmente es que quiebre (...)”

Yo creo que en algunos casos hay una serie de excesos. En Europa, por ejemplo, algunos Estados han definido la necesidad de contar con “campeones nacionales”. La idea es que cada país miembro de la unión (Francia, Inglaterra, Alemania, etc.) tengan al menos una empresa poderosa en cada sector económico. Así ocurre, por ejemplo, en el negocio de las telecomunicaciones. Cada país tiene un campeón nacional: France Telecom, British Telecom, Deutsche Telekom, etc. Este tipo de ideas han sido muy perniciosas para el desarrollo del mercado europeo. Es natural, por tanto, que la Comisión Europea haya adoptado en el tiempo un conjunto de decisiones que tratan de evitar prácticas destinadas no sólo a subsidiar sino también a otorgar preferencias a empresas nacionales.

En general, pienso que si una empresa está a punto de quebrar en el mercado lo mejor que puede ocurrir normalmente es que quiebre: esto permitirá que su lugar sea ocupado por otra, que sus activos sean reutilizados para fines más eficientes, que su fuerza laboral se recoloque, etc. Digamos que aquí existe un proceso de selección, no diré natural porque estamos hablando de empresas, pero sí bastante similar al proceso descrito por Darwin. Tiendo a pensar que, salvo rarísimos casos, un subsidio otorgado a una empresa privada para evitar el funcionamiento del mercado es una mala política.

BULLARD:

Este es el ejemplo del chino loco de José Juan, es el ejemplo del Estado regalando cosas ahí sí con plata ajena, generando distorsión, yo siempre he dicho que la comisión de libre acceso al mercado es más importante que la comisión de libre competencia porque la mayoría de las distorsiones a la competencia provienen de ese lado y no tanto de las prácticas privadas que existen, pero digamos menos que la práctica privada que existen pero digamos que son menos dañinas, yo acá haría alusión a lo que ocurrió en el Perú, pienso en el ejemplo de Continental y American Airlines, cuando estaba en la universidad y tenía que volar en avión tenía dos opciones

o tomaba Faucett o tomaba Aereo Perú los dos tenían nivel de subsidio de todo tipo, distinto, uno además era empresa estatal, pero le subsidiaban un montón de cosas, tenía gasolina subsidiada, etc. les puedo asegurar que nada es comparable a lo que paso en esa época, yo he tenido que pasarme catorce horas en un aeropuerto sin que nadie me explicara a que hora salía el avión, los aviones volaban por donde se les daba la gana, yo he subido a aviones con una contraseña, corriendo por la pista porque el último que no hallaba sitio se quedaba afuera, el juego de las sillas en un avión; distorsiones no crecimiento porque nadie invertía en el sector. Era un desastre.

Cuando la competencia llegó hoy día tenemos competencia y todo el mundo dice que va quebrar la aerolínea; y todos espantados: está quebrando la aerolínea quebró Aéreo continente, quebró Aero Perú, Faucett; todo el mundo se raja las vestiduras y que pasa aparece una nueva y las tarifas van bajando y todo porque hay competencia y si el Estado ahora decidiera subsidiar para tener una aerolínea bandera, entonces que vamos a tener, una empresa con pésimo servicio porque va a tener un cierto nivel de subsidio, que va distorsionar todo el juego de la competencia y desde ese punto de vista va, justamente, ir en contra de lo que se percibe, uno se puede quejar de las empresas de todo tipo, nadie está satisfecho con todo, lo que es cierto es que la evidencia empírica demuestra que este tipo de distorsiones nos lleva a callejones sin salida, cosa que no se resuelve, a Estados Unidos le costó muchísimo descubrir eso y después del once de setiembre volvió a cometer el mismo error; lo que reflejo el once de setiembre una realidad, valga la redundancia, real había un riesgo mayor de volar y en consecuencia se generó un mayor costo para la industria y la industria tenía que estabilizar esos costos y teníamos los pasajeros dejar de volar para aprender que había un riesgo mayor hasta que encontraran formas de ayudar a ese riesgo, a dar más seguridad, y desde ese punto de vista los mercados terminan ajustándose, regulándose, después del once de setiembre hoy día las guerras de tarifas en el mundo son tremendamente agresivas y están llevando los precios incluso por debajo a lo del 11 de septiembre a pesar de que no han agarrado a Osama Bin Laden y eso es principalmente porque a pesar de eso la competencia siguió existiendo y siguió.

GAGLIUFFI:

Solo quisiera agregar dos temas con respecto al mercado aeronáutico. El primero, técnico, que es el de libertad del aire cuando ocurre el tema del once de septiembre, Estados Unidos lo que hace es subsidiar aerolíneas nacionales porque no esta dispuesto a otorgar libertades de aire a las aerolíneas extranjeras. El segundo tema ¿porqué ahora es el precio de aerolíneas tan competitivo después del 11 de septiembre? Porque se han reducido las comisiones a los agentes de intermediación; entonces se puede observar como se ha acomodado el mercado.

8. En el Mercado Peruano se requiere la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI para la fusión de empresas que realizan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de Energía Eléctrica ¿Creen que este tipo de mecanismo de control, limita las sinergias en el ordenamiento peruano?

HARO:

El tema del control de concentraciones y fusiones es un tema bastante complicado y podría dar para muchísima discusión.

Es curioso en el Perú este tema de la ley de control de concentraciones en el mercado eléctrico. Es curioso porque a la fecha se han presentado entre diez y doce solicitudes de autorización previa y ninguna solicitud ha sido denegada. Además, los casos en los que se han impuesto restricciones han sido bastante limitados. No creo que esto sea malo. Coincido totalmente con las resoluciones y esto por una cuestión: ¿qué es lo que se persigue cuando se controla la concentración de modo previo? Lo que se intenta evitar es la subsecuente explotación del poder de mercado, que se puede conseguir o reforzar con el acto de concentración. Por tanto, para que pueda darse el problema que se intenta perseguir tiene que existir la posibilidad de que alguien explote el poder de mercado.

En un mercado regulado, si por definición me están regulando las tarifas y, usualmente además, la calidad de servicios, entonces me están regulando muchísimas cosas de mi actividad económica. Bajo estas condiciones, la posibilidad de explotar libremente el poder de mercado aparece absolutamente minimizada. Cuando uno lee las resoluciones en las que se aprueban las solicitudes presentadas por empresas eléctricas va a encontrar, consistentemente, este razonamiento: no podemos prohibir la fusión porque existe regulación tarifaria en este mercado. Y lo mismo ocurre con el control previo "trucho", por decirlo de algún modo, que se armó cuando Telefónica Móviles solicitó que se aprobara la transferencia de las concesiones otorgadas originalmente a Bellsouth Perú. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones sostuvo entonces que podía, sin que la ley lo dijera, ejecutar actos de control previo de concentraciones y fusiones.

Si uno quisiera trazar una línea divisoria, a mí me parece interesante la siguiente: quizá en los mercados regulados, donde hay un regulador que puede disciplinar la actividad económica de la entidad integrada, el control de concentraciones y fusiones se justifica menos que en cualquier otro tipo de mercados. Si se quisiera hablar con seriedad sobre el control de concentraciones y fusiones, habría que hablar sobre mercados no regulados. Para no dejar discusiones en el aire, me limitaré a sostener que a mi juicio sí existen razones de peso para analizar las concentraciones en este tipo de mercados. Y, quizá por ello, sigo teniendo mis discrepancias con Alfredo, quien se opone al control previo en cualquier supuesto.

BULLARD:

Coincido con lo señalado, no veo el sentido del control de fusiones en un mercado regulado, en general, no veo el sentido en ningún mercado, además el control de fusiones es una especie de hijo raro del *antitrust*, es como cuando te casas y te nace un hijo chino, si no eres chino, algo raro hay. El *antitrust* genera la fusión, el control de fusiones, cuando ustedes ven la figura de la estructura lógica del sistema de control de fusiones, se parece más a un sistema regulatorio, el control ex ante. Cuando el *antitrust* normalmente es un mecanismo ex post; y esto es porque antes de que naciera la regulación nació el Antitrust, yo creo que se inició por la redacción de la *sherman act* que dice: "intenten monopolización", y luego siguió la jurisprudencia, y llegamos hasta nuestros días. ¿cuál es la historia de esa norma? ¿por qué el sector eléctrico? La norma se origina no en INDECOPI, a la cual finalmente le entregan el tema, la norma se origina en el Ministerio de Energía y Minas y era una decisión política. La norma original, mejorada, porque era peor, decía más o menos lo siguiente: "nadie en el mercado puede tener más de 15%". Entonces, cuando llaman a la gente de INDECOPI, les dicen que es una locura, que depende en que sector está, depende de cómo funcione la economía de escala, las cosas básicas que cualquier economista debería entender y no entendía. Es que comienza a hacer a duplicarse un control de fusiones más común, y ¿cuál es la única razón por la que surgió esa ley?: los chilenos, en ese momento los chilenos tenían una importante inversión en el sector eléctrico y había el temor de que se siguieran consolidando más, y entonces crearon, lo que suele pasar con las normas *antitrust*, un mecanismo aparentemente técnico, para hacer un control político. Y eso explica porque nunca se aplica, es una norma de lo más absurda, supuestamente está para evitar el control en el mercado, y en mercados, como el eléctrico que es uno de los más dinámicos que hay actualmente, donde hay fusiones, adquisiciones, y funciona etc, como decía José Juan, en ningún caso ha sido prohibido, porque pusieron limitaciones tan mal que no se pueden aplicar. Porque el día anterior a la firma la norma del control de fusiones, era como el oráculo, no sabes quienes van entrar, no sabes si la nueva tecnología va a cambiar las condiciones de entrada, no sabes si van a haber nuevas regulaciones legales que van a cambiar la situación, pero todo eso lo tienes que decidir ahora, para siempre. Y dices que no voy a permitir que se fusionen. Han hecho incurrir a las industrias en costos porque este es un trámite costoso pero en el fondo no ha servido de nada.

GAGLIUFFI:

Para mí el tema no es del todo claro, no me ha convencido ni una ni otra posición, ni la posición que dice que sí debería haber control de concentraciones empresariales, ni la posición que dice que no debería haber. Son dos mundos, Alfredo por ejemplo, lo que siempre ha sostenido y lo que he leído en lo que ha publicado es que no es necesario que haya un

control previo de concentraciones empresariales, en la medida que contamos con una norma que sanciona los actos anticompetitivos, bueno tiene mucha lógica, yo puedo dejar que se concentren, yo puedo dejar que se integren verticalmente, y si es que cometen algún acto anticompetitivo, lo que yo puedo hacer es sancionar ese tipo de actos, y vía medida correctiva, tratar de desconcentrar y regresar las cosas al momento anterior.

Ahora, la otra posición es que sí debería existir control de concentraciones empresariales en la medida en que, justamente lo que se quiere evitar es que se generen o se propicien mercados que tengan todas las condiciones para que se generen conductas anticompetitivas, una especie de control ex ante. Entonces, a mí me suenan tan lógicas ambas cosas, que no me decido todavía. Lo cierto es que hay sentidos encontrados, en la medida que hay ciertas industrias, como las que citaba José Juan, donde tú veías que se producía una concentración empresarial, y los competidores que estaban en ese mercado, lo que alegaban, y con mucha razón, era que permitir la concentración empresarial de esa magnitud podía generar un mercado muy propicio para una depredación, o justamente para un tema de subsidios cruzados (entre telefonía fija por ejemplo, cruces de telefonía celular, etc). Entonces, yo la verdad todavía no me es posible opinar mucho, quisiera ver más casuística. Lo cierto es que en casi todo el mundo existe control de concentraciones empresariales, así que no se puede alegar tampoco que las empresas extranjeras sean adversas a la inversión, porque todos los inversionistas afrontan ese tipo de procedimientos en los países que van a invertir, por lo general, creo que esa no es la defensa para el tema.

GARCÍA MONTÚFAR:

Yo pienso que el control de fusiones es sumamente útil por dos razones, porque los abogados ganamos dinero y porque los funcionarios estatales justifican su existencia. Fuera de eso yo no veo mayor utilidad. Si uno revisa a nivel mundial cual es el porcentaje de control de fusiones o adquisiciones que han sido materia de objeción, es mínima.

Realmente yo creo que es más útil un control posterior, el control anterior es tratar de adivinar que es lo que va pasar más adelante y en función a eso tomar una decisión ahora. El control posterior tiene una ventaja, y es que estoy trabajando sobre la base de hechos concretos. ¿Qué es lo que ha sucedido? volviendo a lo que veníamos comentando antes acerca de cómo uno debe ver el Derecho a la libre competencia, en fusiones tener un control de fusiones y adquisiciones, que efectivamente está difundido a nivel mundial, siempre alguien consulta ¿cuál es el procedimiento a seguir en tu país? y la respuesta es: salvo que seas el sector eléctrico despreocúpate, porque suena algo absolutamente extraño. Más allá de eso, creo que presupone decir, que el que yo tenga mayor cuota de mercado es mala, que el que una empresa crezca en

el mercado eso es dañino; sin embargo, el problema no es que alguien sea un monopolio o que tenga una posición de dominio en un mercado, el problema es como actúa con esa posición de dominio que tenga. Entonces, sobre la base de ese criterio, el control de fusiones y adquisiciones no tiene sentido. Si debemos cuidar que es lo que va pasar y que es lo que va suceder es un control de fusiones, como en un control de fusiones, estaríamos suponiendo que tenemos como funcionario estatal, como estado la capacidad de saber qué es lo que va a suceder, si esa concentración es buena o mala, y ahí no estoy tan seguro que el Estado este en capacidad de hacerlo, por lo que entonces considero que es mejor un control posterior

BULLARD:

Este argumento de que hay control de fusiones en todo el mundo, bueno, en todo el mundo, hubo control de precios hace algunos años, todo el mundo lo tenía, eso no convierte a la herramienta en una herramienta buena. Yo estoy convencido que dentro de algunos años, todo el mundo va a mirar el control de fusiones como el mundo mira el control de precios, aunque todavía hay mucha gente que lo ve atractivo.

Lo segundo, es un argumento teórico, el principal problema del control de fusiones, es que desvía, en mi opinión, los mecanismos de mercado para corregir y definir cosas. Por ejemplo se dice que el control de fusiones acumula mucho poder, y entonces las empresas van a poder entrar. Gari Becker tiene un artículo en *The Economist* sobre "No existe el monopolio natural", que es el peor de los monopolios, etc., el monopolio natural existe sólo por un tiempo, puede ser por muy largo, pero es sólo un momento. Pero si tú creas controles a dichos monopolios naturales o mecanismos para evitar que se cree, lo único que estas haciendo es prolongando o alargando la creación de nuevas tecnologías por ejemplo. Claro, si yo regulo el mercado TELECOM, o prohíbo las fusiones en el mercado para que prohíban acumular poder en el mercado para que suban los precios, bueno ese es un incentivo tremendo para crear tecnología. Porque para entrar a ese mercado tengo que bajar costos y en consecuencia, hay una relación entre prohibición de controles de fusiones y desarrollo tecnológico. Y el último tema, yo reconozco que el argumento parece ser inteligente, y puede ser inteligente desde el punto de vista teórico; ese argumento no lo comparto, pero lo puedo entender, pero no lo entiendo en el Perú, el Perú es un mercado pequeño, con barreras de entrada relativamente bajas, aranceles relativamente bajos, relativamente regulados, y quieres crear un mecanismo costoso. Yo sinceramente si tengo pocos recursos, haría que a todas las personas de control de fusiones las pondría en la comisión de acceso al mercado, y gastaría ese dinero en la comisión de acceso, porque ahí la eficacia va a ser mucho mayor que buscando hacer ochenta procedimientos de fusiones para prohibir uno, en el que probablemente me equivoque cuando lo pruebe.

9. Con relación a la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, respecto del proceso seguido por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el señor Javier Diez Canseco contra AFP Horizonte, Integra, Unión Vida, Profuturo, y otras, el Presidente de INDECOPI (en dicha fecha) consideró que dichas conductas explotativas, como la imposición de precios excesivos no conllevan a la admisión de la denuncia, en base a que el tipo (artículo 5 inciso f del Decreto Legislativo 701) es insuficiente para la prohibición de la conducta imputada de abuso de posición de dominio en la modalidad mencionada ¿Comparten la opinión del Presidente de la institución, y la posición de la Sala?

GAGLIUFFI:

Primero, se puede analizar precios explotativos, en base a la norma, si existe una base legal que lo ampare, es un tema bien interesante. Yo pienso que no, pero ¿cual es mi razonamiento? Si voy al artículo 61° de la Constitución yo tengo la posibilidad de combatir todos aquellos actos contrarios a la libre competencia ya sea en la modalidad de abuso de posición de dominio o restricción de la competencia. Dentro del abuso de posición de dominio tenemos prohibición de prácticas exclusorias y prácticas explotativas de la competencia. Práctica exclusoria, yo trato de sacar al competidor. Práctica explotativa, yo trato de explotar el excedente del consumidor. Típico ejemplo de práctica explotativa: precio excesivo. Si ustedes me dicen que constitucionalmente tengo la facultad o prerrogativa de investigar precios excesivos, en teoría si solo hablo del 61°, sí podrías tenerla; pero la cuestión es cuando haces un análisis integral de la normatividad y te vas al Decreto Legislativo N° 757, Artículo 4 y te dicen que los precios son libres en el mercado, y se rigen por la oferta y la demanda, salvo tarifas, es decir, los precios relacionados con servicios públicos. Si yo hago ese cruce de normas entonces lo que puedo concluir es que no me pueden investigar ni sancionar por precios excesivos.

Pero para mi la gran discusión que hubo en el caso de AFP donde participamos fue si se podría analizar o no el tema por el Artículo 5, literal F del Decreto Legislativo N° 701, lo que se dijo – y hay un voto en discordia del Dr. Zolezzi – era que el precio excesivo no se podía sancionar, en la medida que no estaba tipificado expresamente el supuesto de precios excesivos en el Decreto Legislativo N° 701, Principio de Tipicidad, y el doctor Zolezzi decía que el problema de la tipicidad en los procedimientos administrativos estaba establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) y partía un poco de los principios penales, sobre los cuales se sustenta el Derecho Administrativo Sancionador. Pero, hay otro tema que es que en Libre Competencia van haber dos normas tanto la Ley de Libre Competencia como la Ley de Represión de la Competencia Desleal, donde ustedes tienen una cláusula general, que es un poco la cláusula abierta que permite investigar, perseguir y sancionar aquella conducta que el

legislador no ha podido prever con anticipación, porque el caso es tan dinámico y cambia cada cierto tiempo. En resumen, mi posición es que no se puede en el Perú sancionar precios excesivos. Actualmente no, porque existe una prohibición expresa del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 757, esa fue la posición de la defensa, pero la discusión más interesante para mí fue la del Principio de Tipicidad vs. las Cláusulas Generales en el Derecho de la Competencia.

GARCÍA MONTÚFAR:

En cuanto a la resolución hay otro tema que es como hace el tribunal para justificar el no resolver la denuncia, su argumento es yo no puedo resolver ese tema porque solamente puede revisarse en el tribunal aquellos casos en los cuales la posición de dominio es producto del mercado; no puedo hacerlo si es producto de la ley y esto es muy claro porque está expresamente en el artículo cuarto de la ley, la que dice: "Se entiende que una o varias empresas goza de un dominio del mercado cuando puede actuar independientemente con prescindencia de sus competidores, o proveedores"; hasta ahí no hay ninguna diferencia entre la ley y el mercado, debido a factores tales como: la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda, los bienes y servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados el acceso de competidores a fuentes de financiamientos o servicios, así como redistribución. Esa segunda parte del artículo está digamos precedida de factores tales como, entre otros, esta no es una lista exclusiva, no es que estos son las únicas razones por las cuales, creo yo, uno puede sostener que una empresa goza de posición de dominio. Entonces volviendo a lo que ha sido materia de discusión de la mesa antes, si uno de los casos que mas preocupa son los cuales en los cuales una empresa tiene posición de dominio porque la ley establece ciertas barreras y le da esa posición de dominio, si lo que vamos a establecer es que en ese caso la comisión de libre competencia como Pilato se lava las manos, entonces estamos ante un caso en el cual ante un problema real en la competencia la comisión no puede intervenir y no puede intervenir porque teóricamente se ha delimitado el ámbito de la competencia que es distinto al hecho que estemos hablando de una entidad que actúe por delegación de la ley en actos que tengan, que actúe como si fuere, para efectos prácticos un organismo del Estado, en esos casos que son contados estamos en un supuesto totalmente distinto con el cual ya pudiéramos hablar o no, pero el decir que el hecho que alguien de la fuente de la posición de dominio determine una imposibilidad de la comisión de intervenir creo que la limitaría en un momento en el que es fundamental su participación.

BULLARD:

Que sea posible en base al decreto legislativo 701 yo creo que no, y quiero dar un dato adicional y es que el F por decir la base, dice otro defecto equivalente; y otro defecto equivalente esta referido a los incisos anteriores, que todos definen efecto exclusorio, ninguno define

efecto explotativo. Eso no responde a la versión original del 701, el cual sí tenía un supuesto explotativo que era el tema de discriminación entre importaciones y exportaciones, ese lo sacaron, y saben porque lo sacaron porque era explotativo y porque no tenía ningún sentido desde el punto de vista de la política de competencia que se estaban actuando en ese momento.

"(...) no se puede en el Perú sancionar precios excesivos. (...) porque existe una prohibición expresa del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 757 (...)"

Entonces el 701 tiene una base, pero no hay ningún argumento. En precios predatorios se puede decir que tiene un efecto exclusorio, entonces podría entrar, pero éste no entraba por ningún lado y eran no solo argumentos tan absurdos como que los carteles también hay control similar de precio. La verdad de la historia es que esta resolución afortunadamente fue poco dañina porque en el caso dañina, porque en el caso que estableció este criterio, no sancionó, y nunca han sancionado después; a mi me parece el precedente más nefasto que se dictó, fue el caso Telmex vs. AGUILAR, el efecto económico en el mercado ha sido devastador hay varios que están al borde de la quiebra en motivos publicitarios, por no poner las advertencias y eso es una discusión que en esa resolución ha quedado ahora hay cualquier cantidad de publicidad de los temas más esotéricos imaginables, pero este termino siendo el potencialmente el más dañino de todos; y además es el típico ejemplo de una visión política de tras de un criterio aparentemente técnico.

La historia de esta resolución es de campeonato, es de cantinflas, la comisión se presenta la denuncia y dice admítase por concertación y no admítase por este tema de precios abusivos porque ese tema no está tipificado, admítase. Sube a segunda instancia y dice si está tipificado, esta en el F, cuando salió esta norma todo el mundo se volvió loco, se pensó que esto era una locura, regresa el control de precios, espacialmente las AFP's y en medio de la desesperación que iba venir un control de precios. Y en medio de la locura, de que iba a venir el control de precios a través de INDECOPI, Beatriz Merino llama a INDECOPI y dice: "Me entregan la cabeza de ese tribunal que quiere imponer control de precios" entonces hay un recurso de nulidad y corrige, y dice que "nunca he dicho que se aplique, he dicho que tiene que ver si se aplica", pero tienen que evaluarlo y así bajo y la comisión realizó una resolución bastante buena del porque del no control de control de las explotativas. Sube y de nuevo el Tribunal se encuentra en un problema, se encuentra con una resolución que le ha dicho explotativas no entra por ningún lado, súper bien sustentada, y el Tribunal queda como un payaso. Han pedido de mi cabeza; entonces

que hace lo que explica Juancho hace un momento, dice: "Sí se puede, pero para las AFPs no" y como hace para que a las AFPs no, bien fácil lo único que termina diciendo es la AFPs no porque es mercado regulado, dos errores, primero: quien le ha dicho que no se puede controlar un mercado regulado al contrario, hay más argumentos para controlar en un mercado regulado y segundo: dónde esta la regulación de las AFPs; es decir las AFPs no tienen regulación de competencia lo que tiene es una autorización del mercado, entonces nadie entra porque hasta una bodega en la esquina necesita una licencia de funcionamiento; es decir es un despropósito absoluto.

Este es el típico ejemplo de una resolución basada en elementos absolutamente anecdóticos con una visión de alguien que se le ocurrió que había que poner control de precios porque quería hacerlo y no se encontraba la forma de hacerlo y se le ocurrió esta cosa que esto. El control de precios es una cosa desprestigiada en todas las partes del mundo, incluso los países que tienen controles de precios no reconocen las prácticas explotativas, existen

pocos casos, por ejemplo en Europa se los puede contar con un dedo de la mano y vinculados a otros temas. Yo creo que en general la razón por la cual se mandan con que las AFPs son sectores regulados y finalmente dicen "si se puede pero no sancionan", más fácil hubieran dicho mercado regulado no entra y se acababa la historia y esperaban para el siguiente caso más bonito. Lo que es interesante del caso es que muestra algo que quizás no hemos discutido mucho ahora que es la tremenda vulnerabilidad que tiene una agencia de competencia si su marco institucional no es adecuado queda sujeto a los vaivenes de las decisiones, presiones y las ideologías, es curioso porque quienes criticaron la resolución a todos nos acusaron de ideologizados, les digo no hay resolución más ideológicamente orientada que esta. Lo esta hacia una visión absolutamente intervencionista de la economía trayendo de nuevo el esquema velazquiano de controles de precios a través de un sistema peor porque es un control de precio "ex – post", es decir "pon tu precio y después te multo" si es que me parece muy alto por lo menos el control de precios tiene la ventaja de que los vas a poner antes 