

Balance y perspectivas de las políticas de competencia en el Perú

Carlos Noda Yamada

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Curso sobre política y legislación de competencia (Fair Trade Comisión of Japan, 2005). Curso de postgrado en Derecho Civil (Universidad de Salamanca, 2006). Estudios de Maestría en Ciencia Política con mención en Gestión Pública (PUCP) Profesor de Derecho de la Competencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Carlos Patrón Salinas

Socio encargado del Área de Regulación & Competencia de Payet, Rey, Cauvi Abogados. Bachiller y Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú; Magister en Derecho (L.L.M.), Universidad de Yale; Magister en Ciencias (M.Sc.), Políticas Públicas en Latinoamérica, Universidad de Oxford. Profesor de Responsabilidad Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Enrique Felices Saavedra

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho (LL.M.), Universidad de Yale. Socio del estudio Miranda & Amado Abogados

Teniendo como referente al Proyecto de Ley de Competencia promovido en la anterior legislatura, la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico convocó a los distinguidos juristas Carlos Noda Yamada, Carlos Patrón Salinas y Enrique Felices Saavedra, quienes compartieron sus apreciaciones respecto a los problemas y el desarrollo de las políticas de competencia en nuestro país.

Doctores, agradecemos su participación y permítannos iniciar esta mesa redonda con la siguiente pregunta: ¿Después de 13 años de vigencia, cuál es el balance que harían sobre las políticas de competencia en el Perú? ¿Cuáles han sido los principales logros y cuáles son las tareas pendientes?

Dr. Noda: Antes que nada, deseo agradecer vuestra invitación a esta mesa redonda y advertir que las opiniones que voy a expresar son estrictamente personales y no comprometen a ninguna persona ni institución, ya sea de manera directa, indirecta o siquiera por asociación. Dicho esto, vayamos a la pregunta. En mi opinión, el balance de la política de competencia en el Perú es, en líneas generales, positivo. Pero no puedo dejar de decir que cabe hacer mucho más, realmente mucho más.

La política de competencia en el Perú se encuentra, al término de trece años de implementación, aún en vías de desarrollo. Una de las notas características del debate sobre la política de competencia ha sido el carácter superficial de dicho debate, el cual, en mi opinión, es producto de la absurda ideologización radical de las posturas que están detrás de él. En efecto, en el Perú seguimos discutiendo sobre la conveniencia de aplicar la regla per se o la regla de la razón o la prohibición general comunitaria. Asimismo, seguimos discutiendo sobre el ámbito de aplicación objetivo de la prohibición del abuso de posición dominante en el mercado, es decir, si la prohibición incluye a las prácticas explotativas y exclusorias o si únicamente incluye a las exclusorias.

Finalmente, seguimos discutiendo si es necesario contar con normas sobre control de concentraciones empresariales. Todo esto demuestra que no nos hemos movido de un punto inicial y que no hemos profundizado en las cuestiones sustantivas y especializadas, que, a mi entender, son las que interesan a nuestra economía.

El principal logro de estos trece años -vistos en conjunto, como lo haría un historiador- es que se ha puesto en discusión y se ha convencido a la opinión pública de la necesidad de contar con una política y legislación en materia de defensa de la competencia. El área de oportunidad -la gran tarea pendiente- es superar la etapa inicial y dejar de lado la superficialidad de la discusión para enfrentar y solucionar los verdaderos problemas del mercado, abordando los temas sustantivos a profundidad, creando una doctrina jurisprudencial y una doctrina académica peruana rica e independiente sobre temas particulares de defensa de la competencia. Los ejemplos de dichos temas particulares son evidentes: el tratamiento de los acuerdos verticales, el criterio para determinar las conductas abusivas, los criterios para implementar una política de clemencia, el estudio de diversos sectores especializados y sus relaciones con la defensa de la competencia (puertos, seguros, banca, telecomunicaciones, energía), el enfoque que debemos dar a los contratos de distribución, cómo promover la competencia según los diversos sectores involucrados. Todos estos son temas sustantivos que deben ser discutidos. No lo hemos hecho aún, al menos no como deberíamos hacerlo, no con la profundidad y seriedad que se merecen.

Dr. Felices: Me parece que el balance de la aplicación de las normas de libre competencia en el Perú a lo largo de este período es todavía positivo. Como es evidente, la implementación de políticas de competencia en un país que, como el nuestro, no las aplicaba hasta antes de los noventa, no ha sido una tarea sencilla, en tanto que no es suficiente con la simple promulgación de un marco legal

y la creación en el papel de una agencia de competencia. Por eso creo que los principales logros se encuentran en el trabajo realizado durante los primeros cinco o seis años de vida del Indecopi, en los que además de consolidarse la aplicación del nuevo marco legal, se trabajó con éxito en la difusión de los principios que subyacen a la cultura de la competencia, en la formación de cuadros técnicos, en el desarrollo de precedentes de observancia obligatoria que sirvieran de contrapeso a las presiones que suele soportar una institución como ésta, y, sobre todo, en el desarrollo de una identidad institucional sólida. La inversión requiere de reglas claras y foros independientes para la resolución de disputas, e Indecopi ha desempeñado a lo largo de esos años un papel preponderante, garantizando que los procesos a su cargo sean resueltos de manera técnica e independiente. Si a ello le sumamos las carencias que ha evidenciado nuestro sistema de administración de justicia, comprobaremos que la tarea desarrollada por el Indecopi ha sido todavía más importante.

Sin embargo, también creo que en los últimos años algunos de los aspectos más positivos en nuestra corta experiencia (y me refiero a aquellos referidos principalmente a la institucionalidad del Indecopi como agencia de competencia y a la predictibilidad de sus decisiones), han sido mellados por decisiones que el mercado ha interpretado de manera negativa, como una ruptura y alejamiento de ciertos principios fundamentales. Es claro que los procesos económicos no son estáticos, y que es precisamente su dinamismo el que pone a prueba a las instituciones. Y digo esto porque los cambios son, en general, consustanciales a la vida de las instituciones. Sin embargo, en el caso del Indecopi, lo paradójico y lamentable en lo que se refiere a las normas de competencia, es que los cambios experimentados en los últimos años hayan estado dirigidos precisamente a desandar el camino de sus mayores logros. La agenda de temas pendientes es, por definición inagotable, pero creo que en este caso lo prioritario sería fortalecer la capacidad institucional del Indecopi, lo que implicaría, por ejemplo, someter los nombramientos de funcionarios de alto nivel a procesos públicos de selección, o generar un mayor grado de transparencia en las relaciones que la institución mantiene con el Estado, en la medida en que es el propio Estado el que se convierte en ocasiones en el principal obstáculo para el desarrollo de la competencia.

Dr. Patrón: Ante todo, creo indiscutible que aún existe un trecho largo por recorrer. Las políticas de reforma estructural en general, dentro de las que se engloban las políticas de competencia, implican una profunda transformación del rol del Estado en las actividades económicas, quien debe pasar de ser protagonista a supervisor. Ciertamente, esta transición es lenta, costosa y técnicamente retadora, toda vez que requiere que estados institucionalmente débiles con burocracias sistemáticamente endémicas pasen de administrar empresas estatales que han sido manejadas por décadas con escaso control a supervisar y regular sectores

industriales completos en entornos competitivos que le son poco familiares.

Pese a ello, en líneas generales, mi impresión es que el balance de los últimos trece años es positivo. Palpablemente, las actitudes y expectativas de los consumidores y empresarios, son hoy muy distintas a las que prevalecían a inicios de los 90 y creo que el desarrollo e institucionalización de las políticas de competencia ha jugado un papel importante para llegar a este resultado.

Ciertamente, parecería que los consumidores se encuentran mejor informados acerca de sus derechos. Un reflejo de ello, por ejemplo, es la actitud crítica en muchos sectores de la población hacia las empresas privatizadas. Tengo la impresión de que los consumidores esperan y exigen mucho más hoy de las empresas privadas de lo que esperaban cuando estas se encontraban en manos estatales, pese a que la evidencia parecería confirmar que el cambio en las estructuras de propiedad implementado a lo largo de la última década y media ha tenido un impacto positivo y significativo en lo que concierne al rendimiento de las empresas (v.gr., mayor eficiencia operativa apoyada en mejoras de productividad) y al bienestar social. Por otro lado, en mi ejercicio profesional, he podido constatar que los empresarios actualmente son mucho más conscientes acerca de las reglas de juego en un modelo, como el actual, basado en la apertura y la competencia. No sólo conocen mejor estas reglas, sino que cada vez son más cuidadosos en llevar a cabo prácticas de gobierno acordes y responsables.

Los avances, sin embargo, no parecen ser homogéneos. Mi impresión es que se ha avanzado más en lo que concierne a las políticas de protección al consumidor y libre competencia, sin con ello querer decir que en estos campos no se han cometido errores y excesos, comparado con otras reformas estructurales ligadas a la apertura al comercio, principalmente en lo que concierne a la aplicación de la normativa de dumping y salvaguardias. Sobre todo en los últimos años, al menos en ciertos sectores que parecerían ser minoritarios, la normativa de apertura al comercio parecería haber sido manipulada para satisfacer propósitos proteccionistas que se contradicen con la finalidad perseguida por las reformas estructurales en general y las políticas de competencia en particular.

Tareas pendientes hay muchas, pero sobre todo creo que debe trabajarse intensamente en la construcción de instituciones y el desarrollo de capacidades institucionales, algo que me parece ha sido descuidado en el último quinquenio.

¿Es necesaria una nueva legislación de competencia?

Dr. Noda: Luego de trece años de implementación, estoy convencido que sí. Por supuesto que es necesaria una nueva legislación de competencia. Nuestra legislación es imperfecta, puede ser mejorada. Los temas pendientes

que he mencionado en la pregunta anterior son una clara muestra que hay mucho por hacer, por avanzar y, definitivamente, por construir. Creo que su pregunta debe complementarse con la siguiente para ganar en profundidad: ¿Cómo debe formularse esa nueva y necesaria legislación de competencia? Personalmente me inclinaría por un proceso de reforma y modernización al más puro estilo europeo. Me gusta por la transparencia y espíritu de apertura y consenso que tiene ese tipo de proceso.

En este orden de ideas, la primera etapa de la reforma y modernización debe ser la elaboración de una suerte de "libro verde". ¿Qué contiene nuestra legislación actual de defensa de la competencia? ¿Qué tiene de positivo? ¿Qué tiene de negativo? ¿Cuáles son sus vacíos, qué le falta? ¿Cómo se ha venido aplicando dicha legislación? ¿Por qué se ha venido aplicando de esa manera? ¿Hasta donde podemos llegar aplicando la legislación actual en materia de defensa de la competencia? ¿Cómo han evolucionado las legislaciones en materia de defensa de la competencia a nivel mundial? ¿Cuáles son las soluciones propuestas por la legislación comparada? ¿Qué problemas esenciales presenta el mercado peruano que deben ser solucionadas por la legislación de competencia? ¿Se asemejan esos problemas del mercado peruano a problemas que afrontan o hayan afrontado otras economías? ¿El tratamiento brindado a esos problemas en otras realidades puede ser aplicable al mercado peruano? Todas estas interrogantes son la etapa inicial de un programa de reforma y modernización serio y, creo que merecen un debate amplio y profundo de todos los sectores involucrados.

La segunda etapa en un proceso de reforma y modernización, luego de la emisión y discusión del "libro verde", tendría que ser la elaboración de un "libro blanco". Ante las conclusiones contenidas en el "libro verde" y los aportes brindados por el debate sobre dichas conclusiones, cabría profundizar el análisis y hacer un estudio detallado de los problemas y soluciones contenidos en la legislación comparada, un análisis histórico de las condiciones del mercado peruano, un análisis histórico de la legislación peruana en materia de defensa de la competencia y de su aplicación, y un análisis desde el punto de vista de las políticas públicas sobre las condiciones para implementar una reforma con el menor costo posible y con los mayores y mejores efectos desde el punto de vista del bienestar general. El "libro blanco" tendría que contener todos esos análisis *in extenso* y sus conclusiones deberían nuevamente ser sometidas a un debate general entre todos los operadores del sistema.

Finalmente, la tercera y última etapa en este proceso de reforma y modernización consistiría en la elaboración del proyecto de ley en sí. Como puede verse, no puede haber proyecto de ley sin "libro blanco" y este último no puede existir sin "libro verde". La elaboración del proyecto de ley tendría como punto inicial las conclusiones del "libro blanco" y los aportes del debate

sobre dichas conclusiones, en este punto entraría en juego la técnica legislativa y la búsqueda de la mejor manera de plasmar en blanco y negro las soluciones que el mercado nacional necesita, siempre respetando las mejores prácticas a nivel internacional. Es una combinación entre alta técnica legislativa y pureza académica y la realidad provista por la mejor manera de implementar una política pública de competencia de alto impacto y eficiente desde el primer día.

Es claro que todo este proceso que he mencionado de manera muy breve, requiere la apertura de todos los sectores involucrados. Sin la voluntad y reconocimiento de todos los involucrados, una reforma estaría condenada al fracaso. Para que la modernización funcione y sea exitosa, tenemos que dejar de lado actitudes conformistas y, sobre todo, dejar de creer que estamos en el mejor de los mundos y que nuestra legislación de competencia es inmejorable, eso, sencillamente no es cierto y no creo que sinceramente nadie lo crea. Otra condición esencial para el éxito de un programa de modernización es reconocer que dicho programa requiere reflexión calmada y cautelosa, no de meses sino de años. Siendo realista, personalmente estimaría que se requeriría un horizonte temporal mínimo de tres años para tener listo el programa de reforma y un año más para implementarlo. Creo que ese es otro problema que tenemos en el Perú: legislamos a las corridas y queremos cambiar todo de la noche a la mañana, eso es consecuencia de la superficialidad que mencionaba en la respuesta a la pregunta anterior. Esa actitud superficial y absurdamente apurada, nos condena al fracaso en todos los intentos de reforma legislativa. La política y legislación de defensa de la competencia es una cosa seria y compleja, requiere un análisis cuidadoso, detallado y detenido, el apresuramiento solamente nos conducirá a que todo salga nuevamente mal.

Dr. Felices: No soy de la opinión que sea necesaria una nueva ley de competencia, por lo menos no en los términos del proyecto que fue presentado hace algunos meses al Congreso de la República. Precisamente por las razones que mencioné anteriormente y que tienen que ver con el dinamismo del mercado, las normas de competencia deben ser suficientemente flexibles para permitir que la autoridad persiga y sancione aquellas conductas que atenten contra la libre competencia. Y en términos generales me parece que el Decreto Legislativo No. 701 ha demostrado ser una norma suficientemente versátil. Me parece que ni los problemas que afectan actualmente a la institución y que han sido ya advertidos por el mercado, ni el desarrollo de políticas de competencia eficientes que generen predictibilidad y confianza en el mercado, requieren de una nueva ley.

El caso del control de concentraciones es un asunto diferente. Nuestro país debe ser el único que tiene una política de control de fusiones y adquisiciones limitada a las actividades de generación, transmisión y distribución en el sector eléctrico. La racionalidad de esta estructura

es sin duda incomprensible. Por cierto, la gran mayoría de las economías desarrolladas han adoptado políticas generales de control de concentraciones, que no se limitan al sector eléctrico sino que se extienden a todos los rubros de las actividades productivas. Y yo no tengo una objeción conceptual en relación con dicho esquema. Por el contrario, mis cuestionamientos al proyecto en lo referido a modificar la legislación vigente para implementar un sistema general de control de concentraciones se basan más bien en una comprobación fáctica: las decisiones emblemáticas del Indecopi en los últimos años han enviado mensajes que han generado incertidumbre y desconfianza en el mercado, y que han puesto en evidencia su permeabilidad frente a objetivos que no necesariamente coinciden con ese objetivo mayor que es el de promover la competencia en el mercado. En un contexto como este, y ante la necesidad de contar con condiciones institucionales mínimas que garanticen un uso adecuado de estos nuevos poderes, me parece que una política general de concentraciones en este momento podría traer más costos que beneficios.

Dr. Patrón: Por lo general, y no me refiero únicamente al campo de las políticas de competencia, soy escéptico y desconfío de las virtudes de las reformas omnicomprendivas, cuando éstas no responden fundamentalmente a necesidades estructurales. Lo que comúnmente se observa en los distintos campos de la actividad regulatoria es que cuando no existen razones de carácter estructural de por medio, normalmente los problemas que se invocan para promover reformas legislativas integrales encuentran sus raíces en los operadores del Derecho en general más que en fallas de índole normativa. Si bien admito que la normativa de competencia vigente puede ser mejorada, me queda claro que no existe ninguna razón de carácter estructural para promover una nueva ley de competencia.

Como ya fue mencionado, hace algunos meses se presentó al Pleno del Congreso un proyecto de reforma de la legislación de competencia en el Perú. Tres de los aspectos contenidos en el proyecto y que ocasionaron mayor controversia fueron los referidos a precios excesivos, remedios estructurales y control de concentraciones. ¿Cuáles son sus opiniones sobre dichas propuestas legislativas? ¿Hay alguna otra que merezca comentarios adicionales?

Dr. Felices: Efectivamente, muchos especialistas han cuestionado el proyecto y específicamente los tres aspectos que se enuncian en la pregunta. El proyecto incluía como un supuesto de abuso de posición de dominio la sanción de las "prácticas explotativas" por parte de empresas que contaran con posición de dominio, y que se manifestaría en los denominados "precios excesivos." En este sentido, el proyecto atribuía a los funcionarios del Indecopi la facultad de decidir, según su propia discreción, cuáles precios eran "adecuados" y cuáles eran "demasiado altos" y, por lo tanto, "abusivos" o "excesivos". Más aún, el proyecto autorizaba a dichos funcionarios a sancionar a las

empresas que, según su propio entender, infringiesen la norma al cobrar precios "abusivos" o "excesivos." En otras palabras, lo que el proyecto proponía era un retorno al sistema de control de precios, aunque en este caso los precios no se sancionaban *ex ante*, es decir, los precios no se autorizaban previamente, sino de manera posterior.

Ante tal propuesta, las preguntas caen por su propio peso: ¿cuándo estamos ante un precio "abusivo" o "excesivo"? ¿Cuál es la relación "adecuada" entre el precio de un producto y sus costos? ¿Cuándo una ganancia es razonable y cuándo deja de serlo? No es posible dar respuesta a esta pregunta de manera seria y responsable.

El proyecto no toma en consideración que los precios constituyen un elemento fundamental en el funcionamiento del mercado y que representan una señal inequívoca para potenciales participantes: si el precio y el retorno de la inversión en un mercado determinado son altos, y las barreras de acceso al mismo son razonablemente moderadas, esos altos precios y retornos serán el principal incentivo para el ingreso de nuevos participantes al mercado y, por consiguiente, el remedio más eficiente para propiciar la reducción de los precios. Una excepción a la libertad de precios está representada por los precios regulados en la explotación y desarrollo de proyectos que constituyen monopolios naturales, en los que los costos de acceso son significativamente altos. Pero el proyecto tenía previsto ser de aplicación para todos los mercados, sean estos regulados o no regulados. La mejor forma de lograr que los precios bajen es facilitar el ingreso de nuevos competidores mediante la disminución de barreras de entrada. Y esa es una responsabilidad que le compete, principalmente al Estado. En resumen, creo que se trata de una propuesta peligrosa que contraviene el principio mismo de las normas de libre competencia.

Por otro lado, sobre la posibilidad de contar con un control general de concentraciones y con la posibilidad de dictar remedios estructurales, las preocupaciones que me generan son esencialmente las mismas: me preocupa que no contemos con condiciones institucionales mínimas que garanticen un uso adecuado de estos poderes.

En el primer caso, creo que es válido preguntarnos si es que en una economía tan concentrada como la nuestra, resulta conveniente contar con un sistema general de control de concentraciones. Y creo que la respuesta a esa pregunta es que no es conveniente tenerlo, si asumimos que nuestra economía es todavía altamente concentrada y si tomamos en consideración que el control de concentraciones tiene una naturaleza profiláctica, la creación de un control general de concentraciones abonaría a crear permanentemente la sospecha de que las operaciones de concentración son contrarias a la competencia y eso podría ser negativo. La Ley 26876,

publicada en 1997, es nuestra única experiencia en cuanto al control de concentraciones y tengo la impresión de que ha generado que las operaciones de fusiones y adquisiciones sean vistas con un exceso de recelo y desconfianza por parte de los funcionarios. El solo hecho de que ciertas operaciones deban notificarse ocasiona que padezcan de un estigma, en el sentido de "si la ley establece que deben notificarse es porque algo malo deben traer consigo". Y esa premisa que podría parecer tan trivial se convierte en los hechos en lo que alguna vez he llamado una "paranoia preventiva", que no es otra cosa que la presunción difundida de que las operaciones de concentración son nocivas para el mercado salvo se demuestre lo contrario, cuando debería ser precisamente a la inversa. Este estigma genera también distorsiones importantes en el proceso. En un mercado altamente concentrado pero todavía incipiente como el nuestro, el control de estructuras no es ni tan útil ni tan eficiente como el control de conductas, y es el control de conductas el que debería ser fortalecido.

Algo similar ocurre con la aplicación de remedios estructurales, aunque con el agravante de que una entidad de competencia podría convertirse en un instrumento de planificación de mercados. Y eso es sumamente peligroso cuando hablamos de una agencia de competencia, cuya finalidad primordial debe ser la de propiciar la competencia en el mercado, y no la de decidir qué mercados desarrollar en desmedro de otros.

Dr. Patrón: En primer término, como mencioné anteriormente, no creo necesaria una reforma integral de la legislación de competencia. Por el contrario, creo que la institucionalización de las políticas de competencia requiere de cierta estabilidad legislativa. En todo caso, siempre se podría mejorar algunos aspectos de la normativa vigente, pero ello por sí mismo no justifica la dación de una ley totalmente nueva.

Hecha esta aclaración, en lo que concierne específicamente al proyecto de ley que se debatió a nivel de comisiones en el anterior congreso, creo que el debate generado en torno al mismo fue enriquecedor. Mi impresión es que en algunos aspectos, las críticas a algunas de las reformas propuestas fueron excesivas. En el balance, sin embargo, las críticas constructivas acertadas excedieron las injustificadas.

En general, el proyecto de ley revela un fuerte sesgo hacia la intervención en los procesos de libre formación de precios y organización empresarial en el mercado. Así, no sólo se perseguía tipificar de manera explícita el tema de los precios excesivos, sino también el tema de precios predatorios y la fijación de precios de reventa. Si a ello le sumamos propuestas como la posibilidad de dictar remedios estructurales -esto es, que el Estado pueda dictaminar las estructuras de organización industrial en el mercado, ordenando escisiones y reestructuraciones de empresas privadas- los motivos para alarmarse se aseveran. Creo que este afán de mayor protagonismo, si bien siempre podría responder a una sana intención del

legislador, es un error, no sólo técnico sino también político, pues toda mayor participación del Estado en tales procesos siempre va a suscitar sospecha y oposición. Pocos son los que hoy en día propugnarían el retorno a un organismo de control de precios y planificación industrial, como existía durante el apogeo de las políticas de industrialización a través de la sustitución de importaciones, y ese es el sabor que, justificada o injustificadamente, han dejado estas propuestas.

Mi lectura respecto a la propuesta de instaurar un sistema general de control de concentraciones difiere respecto de las posiciones más duras que se han expresado en la opinión pública. Mi impresión es que antes de entrar a discutir los méritos o deméritos de esta propuesta, deberíamos concentrarnos en desarrollar capacidad institucional. Según estadísticas publicadas por el IBA, el número de empleados que trabajan a tiempo completo en autoridades de competencia, que realizan funciones de control de concentraciones generalizadas, dista mucho de la menos de una docena de personas que sirven actualmente de personal de apoyo a la Comisión de Libre Competencia. A modo de ejemplo, en países con economías más o menos comparables con la nuestra, como Colombia o Polonia, la autoridad de competencia cuenta con 228 y 237 empleados a tiempo completo respectivamente. El éxito de un sistema de control de concentraciones depende, fundamentalmente, de la capacidad de la agencia gubernamental para emitir pronunciamientos oportunos y consistentes. Creo que quienes trabajamos a diario casos ante la Comisión de Libre Competencia, nos encontramos familiarizados con el gran esfuerzo y dedicación que debe volcar su personal de apoyo para cumplir con la carga de trabajo que actualmente maneja, lo que a duras penas le permite atender una docena de procedimientos al año y un número similar de investigaciones o actividades de monitoreo. Atribuirle mayores funciones, sin el necesario proceso previo de fortalecimiento y desarrollo de capacidades institucionales, podría ser un despropósito. Por lo demás, no debe perderse de vista que los procesos de desarrollo de capacidades institucionales son naturalmente de largo aliento e imperfectos, hecho que en sí mismo tiene el potencial de limitar la realización de los beneficios perseguidos por una reforma de esta naturaleza.

También me queda claro que si hay algún sector de la actividad económica que no requiere ser sometido a controles administrativos previos, este, irónicamente, sería el sector eléctrico, el cual contradictoriamente es el único que actualmente se encuentra sometido a este tipo de procesos de autorización de concentraciones. Ello, toda vez que los supuestos efectos nocivos de las concentraciones que se persiguen evitar con este tipo de controles difícilmente podrían materializarse en el mercado eléctrico, el mismo que se encuentra sometido a un marco regulatorio comprensivo que limita drásticamente el margen de acción para aplicar prácticas

anticompetitivas o discriminatorias.

Hay otros aspectos del proyecto de ley que considero ameritan mayor reflexión y aclaración. Por ejemplo, y este es un problema que también se encuentra presente en la actual ley, creo que el listado de conductas sancionables contenido en los artículos 5 y 10 no debe ser abierto, sino taxativo. Dejar en manos de la autoridad administrativa la posibilidad de crear nuevos "tipos" o infracciones sancionables simplemente atenta contra el principio de legalidad reconocido en la Constitución y el principio de tipicidad del derecho administrativo.

Dr. Noda: En línea con lo que he mencionado en la respuesta a la pregunta anterior, creo que el referido proyecto así como los temas que ustedes mencionan, deben ser incluidos en el debate para la elaboración del "libro verde" del programa de modernización de la legislación en materia de defensa de la competencia peruana. Por el momento, no deseo agregar nada más sobre este asunto, es necesario debatir estos temas a profundidad, ya habrá ocasión de hacerlo en el futuro, estoy seguro de eso.

¿Qué más podría hacerse para fortalecer el sistema de competencia en el Perú?

Dr. Felices: Reitero lo que ya mencioné al inicio: el desarrollo de políticas de competencia saludables en nuestro país requiere fundamentalmente del fortalecimiento de las condiciones institucionales, incluyendo a nivel de los recursos con que cuenta la institución, pero más importante aún el desarrollo de mecanismos que garanticen que las políticas de competencia no serán utilizadas para fines distintos a la promoción del mercado y la competencia.

Dr. Patrón: Creo que nadie podría, a estas alturas, cuestionar que el buen funcionamiento de mercados competitivos requiere, entre otras cosas, de la implementación de regulaciones horizontales (v.gr., regulación financiera y de prácticas de buen gobierno corporativo) y sectoriales consistentes, la adopción de políticas de competencia y el establecimiento de derechos de propiedad transparentes. En estos aspectos se ha avanzado mucho, sobre todo en la década de los 90. Reitero, sin embargo, que queda aún mucho por hacer en el plano del desarrollo y fortalecimiento de la capacidad institucional. Un marco regulatorio efectivo sin reguladores capaces simplemente es ilusorio. En gran medida, las instituciones exitosas son el resultado del diseño y de la planificación institucional, del liderazgo y de una administración creativa, de los controles y contrapesos instituidos y del respaldo político traducido en autonomía presupuestaria, técnica y de decisión efectivas, materias en las que deberíamos concentrar nuestra atención en los años siguientes.

Por lo pronto, es imperativo crear una línea de carrera clara y transparente dentro de los organismos reguladores y del propio Indecopi. Quienes estamos familiarizados

con el trabajo de la Comisión de Libre Competencia, sabemos que ésta ha tenido cuatro Secretarios Técnicos en igual número de años. Esto es algo insólito. Lo que percibo es que esta alta rotación de personal, que ha sido una característica común dentro de la mayoría de los órganos funcionales del Indecopi a lo largo de los últimos años, se traduce en una especie de "amnesia" institucional. Con cada renovación de personal técnico, éstos deben nuevamente desarrollar, no sólo los criterios que ya han sido trabajados en años anteriores, sino la mecánica misma de la dialéctica con los usuarios de sus servicios. Si a fines de los 90 los funcionarios del Indecopi se encontraban más familiarizados con sus normas, criterios y procesos que sus contrapartes en el sector privado, hoy la figura me parece que es la inversa.

Dr. Noda: Esta pregunta me brinda la oportunidad de anotar algunas ideas que pudieran servir para abrir el debate para la elaboración del "libro verde". El sistema de defensa de la competencia en el Perú debe ser un sistema de persecución pública y no un sistema mixto público-privado como el que tenemos ahora. El encargado de vigilar el cumplimiento de la ley de defensa de la competencia en el Perú debe ser el Estado, representado por la autoridad de competencia, me parece que eso es lo más saludable y se ajusta a las buenas prácticas internacionales tanto en la Unión Europea, como en los Estados Unidos de América y en el Japón. Teniendo en cuenta la habitual litigiosidad de los peruanos -conocida desde los tiempos coloniales-, sería mejor que si una persona deseara impulsar un caso relacionado con la presunta vulneración de la legislación de defensa de la competencia, a pesar que la autoridad de competencia le ha señalado que dicha supuesta afectación es "de minimis" o que no existiría dicha vulneración, esa persona esté habilitada a presentarse ante los Tribunales de manera independiente en un proceso de daños, sin involucrar a la maquinaria de persecución pública. De esta manera, los particulares cargarían con los costos de sus propias y, tal vez, osadas y audaces -por llamarles de alguna manera- acciones, sin hacer incurrir en costos innecesarios realmente, sin hacer desperdiciar recursos al Estado -que, a fin de cuentas, somos todos los contribuyentes- en investigaciones y procedimientos innecesarios y condenados al fracaso.

Esos recursos pueden ser empleados para investigaciones y procedimientos realmente necesarios cuando se presenten conductas que verdaderamente afectan al mercado nacional.

Una idea complementaria sería que la autoridad de competencia sea habilitada legalmente a apelar las sentencias recaídas en los procesos contencioso-administrativos que sean contrarias a sus decisiones. Me parece que ello es necesario, porque la autoridad de competencia debe tutelar el interés público expresado en la legislación de defensa de la competencia, hasta el final. Si la Corte de primera instancia se muestra en desacuerdo con la decisión de la autoridad de competencia, creo que la autoridad de competencia tiene

el deber de apelar la sentencia de la autoridad judicial y llevar el caso para su revisión a la Corte Suprema, a fin de aclarar criterios y sustentar su posición para el mejor funcionamiento del mercado y para la mayor credibilidad de las disposiciones de la ley.

Estas son ideas iniciales, y, como tales, deberían ser parte

de un debate que recién está empezando. Espero que el debate sea profundo, detallado y especializado, también espero que tome el tiempo necesario para madurar y decantar posiciones. Ojalá sea así.

La Asociación Civil Foro Académico agradece a los Doctores Carlos Noda, Enrique Felices y Carlos Patrón por sus destacadas intervenciones en la presente mesa redonda.

