

Cambios en libre competencia

Los funcionarios públicos no pueden actuar ideológicamente^(*)

**Mesa redonda con Juan Francisco Rojas Leo⁽¹⁾,
Luis José Diez Canseco Núñez⁽²⁾ y
Miguel Candela Zamora⁽³⁾.**

Por Johanna Holz Rincón y Ernesto Salazar Campos

Miembros de la Asociación Civil *ius et veritas*

Lo único permanente en el Derecho es el cambio y ello no es ajeno a la libre competencia. Esta afirmación ha quedado en evidencia recientemente en el Perú, sobre todo debido a la modificación de los criterios rectores aplicados en las resoluciones de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI que, en ciertos casos, derivó en la adopción de nuevos precedentes de observancia obligatoria sobre tan importante área del Derecho Económico. Esta circunstancia se ha visto ratificada por la presentación, en noviembre de 2004, ante la Presidencia del Consejo de Ministros de un Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia⁽⁴⁾ y por la entrada en vigor de una nueva norma comunitaria andina sobre la materia⁽⁵⁾ en el marco de la ejecución de un Proyecto de Cooperación Técnica especializado de la Comunidad Andina y la Unión Europea. A propósito de estos cambios, los profesores peruanos Juan Francisco Rojas Leo (JFR), Luis José Diez Canseco Núñez (LDC) y el doctor español Miguel Candela Zamora (MC) comparten sus opiniones con nosotros.

¿Cuál debería ser el objetivo de las políticas de libre competencia en general? ¿Cuál es el objetivo de las mismas en el Perú según la normativa vigente? ¿Debería variarse el objetivo de ellas en el Perú?

JFR: Desde mi punto de vista, las políticas de competencia tienen por finalidad garantizar el correcto funcionamiento del mercado. Al hacerlo, es decir, al garantizar el funcionamiento del mercado, hacen posible la convivencia social. Las políticas de competencia, como toda estructura de Derecho, buscan garantizar la convivencia pacífica y tienen un claro compromiso con la pacificación de los conflictos sociales. Las políticas de competencia, al estar vinculadas al funcionamiento adecuado del mercado, no pueden dejar de considerar el tema económico, que es central en la vida de la sociedad. Las políticas de competencia persiguen la armonización de la acción económica en la sociedad a través de la acción del mercado y esto no debiera perderse de vista nunca. En el Perú tenemos la ventaja de que

(*) Agradecemos al Doctor Percy Samaniego Pimentel y al miembro de nuestra Asociación civil Mario Zuñiga Palomino por su valiosa colaboración en la revisión de las preguntas de esta mesa redonda. Asimismo, agradecemos a Katherine Torres Sobenes, Directora de la Comisión de Imprenta de *ius et veritas*, quien nos apoyó en la realización de la entrevista llevada a cabo el 3 de mayo de 2005.

(1) Presidente de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI.

(2) Coordinador General del Proyecto de Apoyo para Mejorar la Competitividad, de la Presidencia del Consejo de Ministros y el Banco Mundial.

(3) Director Europeo del Proyecto de Armonización de las Reglas de Competencia de la Región Andina, de la Comunidad Andina y la Comisión Europea (en adelante, el "Proyecto CAN-UE").

(4) En adelante, el "Proyecto de Ley".

(5) Decisión 608 "Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina", de 29 de marzo de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 4 de abril de 2005 (en adelante, la "Decisión").



nuestra ley nacional -vigente- ha definido el tema con claridad. En efecto, la norma dice expresamente que el objetivo de la política de competencia es la protección del correcto funcionamiento del mercado. Pero no el mercado por el mercado; el mercado en tanto contribuye a generar bienestar para los consumidores. Lo anterior, porque finalmente, el eje de toda organización jurídica, de todo esquema social y de todo esquema de actuación administrativa solo puede ser el bienestar de la persona humana.

LDC: El objetivo debe identificarse sobre la base de los procesos históricos que impulsaron la adopción de la normativa. En sus inicios, el objetivo en los Estados Unidos, además del económico que apuntaba a evitar la concentración del poder económico en los *trusts*, era también de índole político. En efecto, se pretendió evitar que los grandes grupos económicos que se aglutinaban alrededor de los *trusts* (o “fideicomisos industriales”) fueran de tal envergadura que estuvieran en aptitud de controlar el poder político⁽⁶⁾. En otras palabras, la normativa *antitrust* apuntaba, según los autores de la normativa primigenia a nivel mundial, a evitar que se violente el sistema democrático o la democracia política. Democracia significa no concentración del poder político, de la misma manera que democracia económica es la no concentración del poder económico. En el caso de la Unión Europea, el Tratado de Roma, además de constituir un acuerdo para promover la integración económica, también tenía un importante componente político. La política de competencia en el marco del Tratado de Roma buscó garantizar la paz. Por lo tanto, resulta

interesante tomar en cuenta los objetivos no económicos que estaban subyacentes en la normativa norteamericana y europea: garantizar la democracia y preservar la paz, respectivamente. Con el transcurrir de los años y debido a las cambiantes circunstancias del entorno económico se fueron identificando y afinando otros objetivos. Estos fueron, como es obvio un poco más concretos y varían desde la protección de los competidores -como ocurrió con Estados Unidos durante un largo período- a la eficiencia económica o al bienestar de los consumidores en un momento más reciente. Este proceso de cambio también se verificó en la Unión Europea. En efecto, en una primera etapa de la aplicación de la normativa comunitaria europea el objetivo apuntó a proteger a los competidores más que al proceso de competencia o al bienestar de los consumidores tal como ocurre en la actualidad. Así por ejemplo, en los Estados Unidos y en la Unión Europea en un momento se quiso que hubieran muchos competidores, razón por la cual su tuvo que optar por privilegiar la existencia de muchos competidores más que por la eficiencia. Conforme se fue consolidando el mercado se optó por una posición más acorde con la eficiencia. A diferencia de Estados Unidos y Europa, Perú inicia la aplicación de su normativa a partir de la eficiencia, lo cual puede ser bueno desde la perspectiva académica vigente actualmente pero, quien sabe, podríamos considerar que constituye un salto histórico que no guarda consonancia con la dimensión del mercado peruano. Una aproximación válida para el Perú puede apuntar a que promovamos la existencia de muchos

(6) Véase: artículos de THORELLI, HORWITZ, SKLAR y HOVENKAMP. En: GAVIL, Andrew. *An Antitrust Anthology*. Cincinnati: Anderson Publishing Company, 1996. Igualmente, véase: *Report of the House Committee on Manufactures*. H.R. Rep. Número 3112. 50th Cong, 1era. sesión. Julio 30, 1888; 21 Cong. Rec. 2456-60 (1890) (intervención del senador Sherman); 21 Cong. Rec. 2468-70 (1890) (intervención del senador Sherman); 21 Cong. Rec. 2565-66 (1890) (intervención del senador Steward); 21 Cong. Rec. 3151-52 (1890) (Section 2 of the Sherman Act).

competidores más que pocos eficientes. En otras palabras, el Perú entró de lleno en un mecanismo donde se pretende proteger la eficiencia y el bienestar del consumidor (*consumer welfare*) sin haber consolidado, como paso previo, un mercado con diversidad de competidores u ofertantes. En conclusión, creo que el objetivo general de la normativa peruana sobre libre competencia debería ser el bienestar del consumidor (no la protección de los consumidores). Empero podría ser conveniente tener presente que este es un resultado mediato que se genera a partir del inmediato que es la existencia de muchos competidores.

MC: Mi perspectiva no es nacional sino regional. El objetivo de una ley de competencia no difiere en el caso de Perú con el objetivo de esa ley en Europa, Estados Unidos o en cualquier otro país. Los objetivos de la competencia son los citados, pero hay un elemento que me gustaría aportar: el mercado existe pero no como un ente estable, está en permanente proceso de creación y las leyes o las normas de competencia favorecen la creación de un mercado más homogéneo, más igualitario, donde las condiciones para todos sean uniformes. ¿Existe ese mercado en Perú o lo tenemos que crear todavía? No existe un mercado nacional peruano, hay mercados locales, distritales, departamentales, etcétera. Todavía estamos muy lejos de alcanzar un mercado nacional y mucho más lejos de alcanzar un mercado regional. ¿Cómo conseguimos un mercado regional de acuerdo a lo que el Proyecto CAN-UE viene a favorecer aquí? A través de la implantación de medidas o normas de competencia. Las normas de competencia favorecen la creación de mercados, mercados más amplios que en los que estamos acostumbrados a participar. Incluso los empresarios suelen tener una visión muy limitada de su propio mercado: no son conscientes de que su mercado no es -por ejemplo- solo el comercio del Callao, sino la Comunidad Andina. Si no tenemos unas normas que regulen las relaciones en el mercado, normas de competencia, no vamos a constituir nunca el mercado regional. El mercado está en permanente evolución, en permanente desarrollo. El mercado de hace un siglo no es el mercado actual, ni el de

ahora será el mismo dentro de 40 años, ni siquiera con la firma de tratados o acuerdos como los TLC o MERCOSUR. Hay que estar al tanto de la dinámica del mercado, hay que estar en permanente evolución. Si no hacemos políticas activas de competencia todos los días no constituiremos el mercado, el mercado por sí mismo no funcionará. Hay que pensar en el futuro.

JFR: Sobre lo mencionado por el doctor Candela, cabría resaltar que el autor alemán Wolfgang Fikentscher señala: "la política de competencia es tan solo un instrumento que posee el Estado para conformar la vida social"⁽⁷⁾ y sobre los derechos fundamentales, puntualiza: "hay valores fundamentales de la sociedad humana que son irrenunciables. Entre ellos se encuentra también el valor de la igualdad de posibilidades económicas. Para asegurarlo está el control de la economía"⁽⁸⁾. Y, precisamente, el Derecho de la Competencia forma parte de ese paquete de control de la Economía. Sobre si debería variarse el objetivo de las políticas de competencia en Perú, creo que en Perú por su realidad histórica y económica, como también decía el doctor Candela, no puede desatenderse el proceso de regulación de la competencia con el objetivo de proteger el bienestar de los consumidores y lograr cierto equilibrio que garantice la paz social. Si en el Perú la política de competencia fuera -como postulan algunos- un mero economicismo, un mero funcionamiento del mercado, estaríamos en realidad generando el germen de la propia destrucción de la competencia por las enormes desigualdades que eso generaría y los conflictos sociales que derivarían.

LDC: Pero ello en la medida que no sea para generar intervenciones. Aunque pueda parecerles radical, no creo que indicar expresamente el objetivo en una ley de competencia vaya a hacer la norma mejor o peor. Por ejemplo, los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma no tienen objetivo expreso. La ley española tampoco lo indica. En todo caso, se presenta en términos tan vagos que admite cualquier interpretación o permite que se adapte en el tiempo y el espacio. La *Sherman Act* en sus artículos 1 y 2 no tiene objetivos expresos tampoco. El objetivo se va diseñando con el tiempo. Va variando conforme las necesidades económicas

(7) FIKENTSCHER, Wolfgang. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*. En: Revista de Derecho Mercantil. Número 172-173. Madrid, 1984. p. 472.

(8) *Ibid.*; p. 484.



del país y en armonía con la interpretación que de buena fe quiera brindarle la autoridad en un momento determinado. Creo que establecer expresamente en una norma de libre competencia cuál es su objetivo me parece limitativo por definición. En lo personal hubiera eliminado el artículo 2 de la Decisión. Entiendo que pueden existir razones de consenso que llevaron a la inclusión de dicho precepto. Incluso puede ser una práctica legislativa comúnmente aceptada con la que discrepo. Empero, una buena técnica legislativa en leyes de esta naturaleza debería evitar camisas de fuerza. Por ello, no debería existir una disposición de esta naturaleza. Cabe indicar que un texto similar también aparece en el Proyecto de Ley, el que también eliminaría. Creo que el objetivo corresponde más a una realidad o a una circunstancia de hecho que de derecho. Este varía con el tiempo y sobre la base de condicionamientos de política económica. Creo que actualmente debemos promover el proceso competitivo y pretender la eficiencia económica. No creo, por lo tanto, que el objetivo debería ser la protección del consumidor a secas y en armonía con lo establecido en la normativa vigente sobre este particular⁽⁹⁾, puesto que sería una suerte de mecanismo de control de la economía en términos de reasignar ineficiencias que, incluso, podría llevar al control de precios. Al contrario, el objetivo teórico consiste en la garantía del proceso competitivo y la promoción de eficiencia. El debate en torno al objetivo de la norma ha quedado demostrado por la manera cómo la Sala de Defensa de la

Competencia del Tribunal de INDECOPI ha venido resolviendo en dos momentos. En efecto, la ideología que iluminaba la Sala anterior tenía un matiz diferente de la actual: era liberal. Podemos o no compartir sus criterios, pero es claro que es diferente. Igual ocurrió con la Corte Suprema de Estados Unidos. Ha ido variando conforme transcurren los años. Lo mismo puede señalarse en relación con el Tribunal de Defensa de la Competencia de España. De analizar casos de menor importancia con una visión bastante intervencionista durante los años 60 y 80, actualmente tiene una visión mucho más liberal. Situación similar se verifica a nivel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

JFR: Estoy convencido de que los funcionarios públicos no pueden actuar ideológicamente. El funcionario público es un aplicador de la ley. La ley tiene ciertos márgenes que permiten interpretaciones pero las interpretaciones deben ajustarse a un diseño que el legislador previamente ha definido en ejercicio del encargo del pueblo que lo eligió. La discusión ideológica es comprensible y necesaria desde el punto de vista legislativo, en el proceso legislativo. El caso norteamericano no es asimilable al nuestro. Los jueces norteamericanos tienen mucha más libertad que el juez peruano, y aquí ni siquiera estamos hablando de jueces, sino de autoridades administrativas que lo que tienen que hacer es aplicar la ley. Las leyes pueden ser el resultado de un proceso ideológico; también se puede pretender hacer una interpretación ideológica de las mismas, pero eso es un defecto, una debilidad, no es lo correcto.

MC: En este caso estoy en sintonía con el doctor Rojas. Uno lleva siempre sus propias ideas a lo que plasma, pero hay que evitar la ideologización en demasía. Un funcionario o una autoridad de competencia lo que debe hacer es aplicar la norma. Las normas de competencia tienen un defecto y una ventaja: la perspectiva depende de si eres miembro de una agencia de competencia o eres abogado o representante de una empresa denunciada o denunciante. Unos sostendrán que la acusación imputada está tipificada y a la inversa. Las normas de competencia están redactadas de una forma tan

(9) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 11 de diciembre de 2000.

genérica que de ellas cabe obtener muchas interpretaciones. Ello tiene una ventaja: a diferencia de otros Derechos sancionadores (como el Derecho Penal), en el Derecho de la Libre Competencia no hay supuestos sumamente delimitados en la tipificación, lo que contribuye a solucionar las cuestiones del mercado real. El mercado real está mucho más adelantado que las normas. Los empresarios tienen más recursos y más facilidad que las agencias de competencia o las administraciones, ya que estas están sujetas a unos cauces procedimentales que los obligan a intervenir casi siempre *a posteriori*. Si el Derecho de la Libre Competencia estuviera más regulado llegaría incluso más tarde y se perjudicaría tanto a la denunciada como a la denunciante, por no poder solucionar los problemas a tiempo. Se intervendría cuando ya se habría producido un resultado en el propio mercado, tarde para la defensa que buscamos del bienestar de los consumidores. Si tenemos que esperar cinco o siete años a través de órganos administrativos o tribunales para que un caso de libre competencia se resuelva, ¿qué conseguimos? Hay que actuar lo más rápido posible para corregir las fallas del mercado. La ley de competencia no difiere demasiado de un servicio de urgencias hospitalario. Al enfermo hay que curarlo de inmediato. Si hay problemas para aplicar una ley o para llevarla a la práctica y transmitirla rápidamente al conjunto de la sociedad, esa ley carecería de su virtual utilidad. Sería letra muerta.

¿En qué medida INDECOPI ha cumplido con los objetivos referidos? ¿Consideran que desde su creación INDECOPI ha desarrollado una perspectiva unívoca en la búsqueda de estos objetivos? ¿Consideran que la actuación de INDECOPI en nuestro mercado debería ser marginal como postulan algunos especialistas?

JFR: En lo que se refiere a la acción histórica del INDECOPI es evidente que existe una fractura. Insisto una vez más en que la labor del funcionario público es aplicar la norma. Sin embargo, como ya señalé, la interpretación de la norma puede ser ideológica. Me explico: recuerdo que hace algún tiempo leí un artículo del doctor Enrique Ghersi en la Revista *Enfoque Derecho*, donde decía que en realidad, para él, el Derecho de la Competencia

no debería existir, porque todo el Derecho de la Competencia es intervención en el mercado y el mercado no necesita ser intervenido, el mercado se arregla solo, soluciona sus problemas solo. Siempre he saludado esta declaración porque es absolutamente clara, y también ideológica. En efecto, el doctor Ghersi sostiene que es mejor que el Derecho de la Competencia no exista; que es una cosa anacrónica; que es el arrastre insensato de tradiciones históricas (a las que se refirió el doctor Diez Canseco) y que todo ello no viene al caso porque el mercado lo soluciona todo. Esto es auténtico: es una afirmación ideológica de alguien que -con honestidad- dice que el Derecho de la Competencia no debería existir. Pero, también hay una forma de vaciar de contenido al Derecho de la Competencia, admitiendo su existencia. En efecto, decir el Derecho de la Competencia existe, es necesario pero no lo aplico; que el Derecho de la Competencia exista pero me abstengo siempre de su aplicación porque mi ideología detrás es que el mercado lo va a arreglar todo sin necesidad de intervención correctora. Esta fue la política de aplicación de normas en el INDECOPI hasta hace unos años. Me sustenté en lo dicho, no en afirmaciones más, sino en las afirmaciones de organismos conocedores de la materia como la OECD que, en un estudio que ha hecho de la política de competencia en el Perú, se refiere a la política de competencia del INDECOPI de 1995 al 2001 en los siguientes términos: “en cierta medida, la preferencia del INDECOPI por la promoción por sobre la acción coercitiva (...) eran una manifestación del enfoque generalmente aceptado de introducir la legislación y política en materia de competencia, pero también reflejaba lo que algunas veces pudo haber sido una excesiva dependencia de las teorías de la Escuela de Chicago y algunos expertos propugnaban por un enfoque más proactivo, a efectos de que se ejerza las facultades de oficio que la ley otorgaba a la institución”⁽¹⁰⁾.

LDC: Con lo cual me dan la razón de que se aplica ideológicamente. O sea, opto ideológicamente por dar una aplicación limitada. Coincido plenamente en que INDECOPI tuvo una aplicación marginal del Derecho de la Competencia durante un período bastante largo y actualmente la Sala tiene una actitud mucho más proactiva, más investigadora, más de seguimiento con lo que

(10) WINSLOW, Terry. *Legislación y política de competencia en el Perú*. Lima: OECD, INDECOPI y BID. 2004. p. 19.

estoy particularmente de acuerdo. Empero ello también ha significado una visión más intervencionista en los procesos económicos.

JFR: Si revisamos nuestra legislación vemos que nuestra norma de libre competencia, el Decreto Legislativo 701⁽¹¹⁾, no habla de la Escuela de Chicago. No dice: aquí tienen normas para no aplicarlas, ni dice: estas normas que les estoy dando son una facultad que ustedes utilizarán cuando crean conveniente. Por el contrario, nuestro D.L. 701 en todo caso dice: hay que combatir estas prácticas, estas prácticas están prohibidas, INDECOPI tiene que actuar de oficio. Cuando INDECOPI actúa de oficio está cumpliendo la ley (no hace ideología), lo que es la característica principal de la gestión que viene del 2001 a la fecha.

LDC: Es que la norma se puede aplicar ideológicamente. En este sentido distingamos dos planos. Uno, promover la aplicación de la norma al mayor número posible de comportamientos anticompetitivos mediante una actitud proactiva en cuanto a la investigación de mercados y posibles acciones de oficio. En efecto, doy la bienvenida a todo esfuerzo tendente a aplicar la norma a la mayor cantidad de situaciones concretas. El otro, aplicarla según una ideología particular que suponga directa o indirectamente el intervencionismo estatal. No estoy en desacuerdo que se actúe. Empero, si estoy en desacuerdo que se actúe interpretando de manera intervencionista algunos de sus preceptos. Ello lo he puesto por escrito en el informe de la Comisión de Transparencia del gobierno de transición donde participé *ad honorem*. En ese informe critiqué que INDECOPI no actuara de oficio en sectores particulares. Distinguidos tratadistas europeos y norteamericanos me han dicho “la primera vez que oí hablar del caso de los pollos⁽¹²⁾ me sentí realmente impresionado, la segunda vez me sentí intrigado y la tercera, decepcionado”. Parecería que el único caso de libre competencia en Perú era el caso de los pollos, y durante un período bastante largo, aparentemente era del único que se hablaba en foros académicos. Las cosas han variado. Resulta altamente positivo que en el Derecho de la Competencia haya una especie de despertar en

los últimos cinco años. Me parece muy saludable. Felicito a INDECOPI porque está marcando la pauta y eso es bueno para el país. Ahora bien, ello no significa que en algunos casos concretos se hayan adelantado interpretaciones con un matiz ideológico intervencionista con el que discrepo profundamente. Una cosa es promover que la autoridad sea más activa y otra que dentro de ese ejercicio, de ese despertar, se brinde una visión intervencionista. Empero, cabe resaltar que es un proceso de aprendizaje. Podría ser en todo caso mejor tener mucho mal que, de repente, nada.

MC: No hay que perder de vista que el Derecho de la Competencia es un Derecho Público, Administrativo y sancionador. Esas características son fundamentales. En todo Derecho hay que buscar el bien jurídico protegido. En el Derecho de la Competencia es el correcto funcionamiento del mercado. Se dice que hay que “buscarlo”, pero lo que debemos es “hacerlo” activamente. No podemos dejar que las cosas sucedan por inercia. En el Servicio de Competencia español resolvemos casos de competencia más o menos con el mismo tipo de experiencia de competencia que Perú (aunque el desarrollo económico no es el mismo) y atendemos empresarios denunciados que se preguntan por qué la Administración los sanciona por haber incurrido en conductas que mantienen desde el siglo XIX, usos comerciales reconocidos como válidos por siglos. Se preguntan si han estado cometiendo infracciones al Derecho Económico todo este tiempo sin enterarse. Una agencia de competencia debe transmitirles el mensaje que cuando hacían anteriormente así las cosas la mayoría de las veces estaban bien hechas para ese mercado y en esas circunstancias históricas, pero que ahora estamos en otra fase de evolución, en otra economía, en otro proceso. Los empresarios deben acostumbrarse a las nuevas circunstancias y cuesta mucho acostumbrar a la sociedad, a los empresarios, a los políticos y a los propios funcionarios al hecho de que la competencia debe buscarse. Si no se busca a la competencia, tal como hacemos con los tesoros no se le encuentra. Debemos hacer todos los días una política proactiva de

(11) Decreto Legislativo 701, Disponen la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 7 de noviembre de 1991 (en adelante, D.L. 701).

(12) Resolución 276-97-TDC (Expediente 029-96-CLC) de la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, de 19 de noviembre de 1997, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 27 de noviembre de 1997, procedimiento iniciado de oficio contra Asociación Peruana de Avicultura y otras.

competencia. La competencia no es algo que exista en el ambiente. Si no hago como agencia de competencia una política activa de corrección de las fallas del mercado no voy a conseguir nunca los objetivos de la política de competencia, el bienestar de los consumidores, ni que las empresas se acostumbren a actuar de manera adecuada. Como ya hemos dicho, el Derecho de la Competencia es sancionador. Podríamos llamarlo represivo o, más bien, correctivo. Es mucha la labor que tiene que hacer la agencia de competencia de Perú, y las agencias de todo el mundo, en cuanto a la función pedagógica hacia las propias estructuras empresariales o sociales, sobre el cómo hacer las cosas. Si enseñamos a actuar del modo adecuado iremos eliminando ideología, ya que el modo adecuado está guiado por pautas técnicas reconocidas. Existen corrientes más liberales y otras más conservadoras, pero hay cierto consenso en las normas en el ámbito mundial de lo que es una práctica de competencia, de lo que es un abuso, de lo que es cualquier conducta contraria a los objetivos de la libre competencia. Las diferencias a veces son incluso minúsculas, sirva como ejemplo decidir si es más adecuado sancionar con multas o simplemente amonestar, si es una política adecuada o no incentivar las amnistías que favorezcan a los primeros que denuncien prácticas. Políticas proactivas de competencia hay distintas pero, siendo estrictos, no perdamos de vista que no hay distintos objetivos.

JFR: Lo dicho por el doctor Candela es muy importante porque deja en claro que la discusión no es entre mercado y totalitarismo estatal. La discusión es entre mercado y cuánto nivel de ayuda necesita ese mercado para funcionar adecuadamente. Hay quienes creen que no necesita ninguna ayuda y quienes creen que sí necesita mecanismos para corregir fallas. Las políticas de competencia se enmarcan en ese sector de discusión, entre lo que debe ser el apoyo al funcionamiento del mercado o simplemente la abstención de toda intervención. Una de las cosas que ha ocurrido es que cuando la autoridad de competencia empieza a ejercer las facultades que

tiene contempladas en la ley, naturalmente genera rechazos. Los grupos de poder económico no quieren ser controlados y, más bien, estaban dispuestos a felicitar a la autoridad de competencia que no los controlara. Cuando la autoridad de competencia empieza a actuar se generan corrientes de rechazo. Ello es absolutamente comprensible. Saludo también lo dicho por el doctor Díez Canseco: estamos en un proceso de aprendizaje. Desde su visión dice él que es preferible tener mucho malo a no tener nada. En realidad, creo que lo importante es que la ley dice que hay que tener ese mucho. Bueno o malo, lo veremos en el camino y la historia será la que finalmente juzgue qué actuación del INDECOPI era la correcta de acuerdo con su mandato legal.

¿Creen que las recientes resoluciones sobre libre competencia emitidas por INDECOPI están alineadas con dicho objetivo? Tomemos el caso SOAT⁽¹³⁾ como ejemplo.

JFR: Evidentemente que están alineadas con el objetivo que la ley persigue. En el caso SOAT, lo que tenemos es una aplicación estricta de lo establecido por la ley. La ley nacional contempla condiciones de evaluación de la medida anticompetitiva en función a los beneficios o perjuicios que la conducta traslada a la economía nacional. Ello es fácilmente comprensible porque nuestra ley replicó el modelo europeo y el modelo europeo se mueve bajo esos esquemas. Tanto replicó el modelo europeo nuestra ley que originalmente tenía reguladas las exenciones, hasta que fueron barridas en una reforma legislativa que se generó mediante el Decreto Legislativo 788⁽¹⁴⁾, norma que no se consultó y se trabajó entre gallos y medianoche, aprovechando la cercanía de la dirigencia de la institución con el gobierno de Fujimori, y por facultades delegadas, forma perniciosa de legislar que predominó en el gobierno de la época, tratando de introducir en la norma nacional un cambio contra su naturaleza. Esa reforma legislativa quiso convertir la norma nacional en una norma más norteamericana lo cual es absolutamente imposible, porque las cosas son

(13) Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI (Expediente 004-2002-CLC) de la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, de 16 de junio de 2003, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2003, procedimiento iniciado contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otras.

(14) "Declaran en reorganización al INDECOPI para disponer su descentralización y modificar algunos artículos de la ley de organización y funciones", publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 31 de diciembre de 1994.

lo que su naturaleza dice que son y no lo que los ideólogos de la noche pretenden que sean. Nuestra legislación es una legislación de raigambre latina, de texto positivo. No podemos convertir el texto positivo en texto norteamericano. La segunda razón detrás del cambio a la “regla de la razón” es que ella es la contemplada en nuestro texto y es una regla democrática. Como ha dicho el doctor Candela, el Derecho Administrativo es un Derecho Público sancionador, de punición, de persecución. Pero la sanción y la punición en un Estado Democrático de Derecho tienen que contemplar mecanismos que respeten el debido proceso y las condiciones de culpabilidad de los agentes. El Derecho Administrativo moderno hace varios años que ha dejado el concepto fascista de la sanción objetiva, de la sanción por la sanción. Hoy el Derecho Administrativo moderno contempla las condiciones de culpabilidad del agente. Eso no es otra cosa que ver cuáles son las condiciones de acción en cada caso concreto. El cambio generado por INDECOPi responde a los objetivos de la ley, es decir, que se cumplan estrictamente los postulados que las normas establecen para lograr el correcto funcionamiento del mercado en condiciones de equilibrio. La resolución del caso SOAT y la restitución de la legalidad al reestablecer la regla de la razón en el Perú es simplemente la aplicación de la ley. Es quitar la ideología, desaparecer la interpretación contra el texto expreso de la ley y aplicar el Derecho de la Competencia.

LDC: Antes de referirme al caso SOAT, quisiera decir que he tratado de entender por qué se eliminó el artículo 7 del Decreto Legislativo 701. Creo que luego de derogarlo INDECOPi se percató (dentro una ideología de análisis costo beneficio, de reducción de costos de transacción, de menos normas) que el artículo 7 establecía ciertos parámetros para establecer excepciones. Por ello lo reincorporan vía precedente de observancia obligatoria en el caso de los pollos. En otras palabras, en la medida que el efecto de la derogatoria del artículo 7 del Decreto Legislativo 701 fue el eliminar las excepciones; a fin de reincorporar dicha posibilidad se introdujo la teoría de la regla de la razón y la regla *per se* del sistema norteamericano que es, esta última, precisamente la que permite las excepciones. Pero eso funciona para los norteamericanos puesto que los jueces hacen Derecho positivo mediante el principio del

stare decisis, cosa que no ocurre en nuestro sistema, el mismo que sigue la tradición romano germánica de índole positivista, en la que las excepciones tienen que aparecer en una norma. Lo que ocurre con las excepciones (por seguridad jurídica, debido proceso o principio de derecho) y en particular en el Derecho Administrativo Sancionador es que la posibilidad de exceptuar tiene que establecerse en una norma de la misma jerarquía de la norma que establece la prohibición. ¿Qué ocurre en el caso SOAT? En éste se pone las cosas en orden. Reincorpora la posibilidad de exceptuar a partir de la teoría de los efectos incorporada en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701. Empero, también señala que todos los casos pueden ser objeto de algún tipo de análisis; lo cual, en mi opinión, también es discutible porque existen situaciones anticompetitivas en las que sabemos que los efectos siempre serán anticompetitivos como ocurre con la fijación de precios o las licitaciones colusorias. Lo que hace el caso SOAT es derogar parte del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 y reincorporar el artículo 7. Por ello, el caso SOAT también tiene un problema puesto que actualmente todo es susceptible de interpretación por la vía de la teoría de los efectos, lo que genera una ironía: todos los casos en Perú, incluso los acuerdos de fijación de precios, están sujetos a la regla de la razón. Esta anomalía trata de ser resuelta de manera imperfecta en el Proyecto de Ley en la medida que se establece un precepto explícito sobre excepciones. Esto es, el artículo 5. En resumen, cabe preguntarnos por el modelo que debemos adoptar en Perú: ¿el norteamericano o el europeo? Reconociendo las bondades del sistema norteamericano de las reglas *per se* y de la razón, respectivamente, mi opinión favorece preliminarmente el europeo por ser más acorde con nuestra tradición jurídica: una excepción se establece por la vía normativa.

MC: Veo con preocupación que en Perú y los otros países del área andina la cuestión de la regla de la razón y la regla *per se* no se supera aún. En relación a lo último que ha establecido el doctor Diez Canseco, en Europa hacemos un poco lo contrario: algunas cosas se consideran muy graves y están prohibidas. Sin embargo, hay régimen de excepciones: aquello que trae un mayor beneficio para el mercado que los costos que comporta. Y es que siempre habrá situaciones que tienen que estar prohibidas, tal como ocurre en el Derecho

Penal, hay agravantes y atenuantes. El Derecho Económico funciona exactamente igual. Hay hechos que por su propia naturaleza tienen que estar prohibidos. Pero las justificaciones que quieran argumentarse para legitimar esos hechos deben demostrarse durante el proceso. El debate de la regla de la razón y la regla *per se* debe salir del ámbito académico y resolverse a través de su ejecución práctica caso por caso.

JFR: Invito a los lectores a que recuerden el escenario, generado por voces interesadas, cuando se hizo público el precedente contenido en el caso SOAT: el Derecho de la Competencia se había acabado, la institucionalidad había sido destruida, el comunismo se había apoderado de INDECOPI. Hoy, a la distancia, estoy absolutamente seguro que la gente que juzga el precedente sin prejuicios y sin intereses subalternos, ve que efectivamente lo que se hizo en su momento fue lo más adecuado de acuerdo con el sistema legal que tenemos vigente en el Perú. Lo que se hizo fue recomponer algo que, como el doctor Diez Canseco evidenciaba, había tenido una tergiversación desde el punto de vista legal. Aprovecho para señalar un detalle: cuando los extranjeros llegan al Perú, el comentario que nos hacen siempre es ¿por qué este nivel de ideologización tan elevado en el Perú? Ven los medios y sienten que hay un gran nivel de ideologización. Lo más triste es que ese nivel de ideologización llega solo al punto de decir que lo único que se difunde y entiende del concepto de mercado es la libertad de oferta y demanda. Y los extranjeros entonces dicen: eso es lo básico del mercado pero el mercado no es solo eso, el que piense que el mercado es solo oferta y demanda está totalmente equivocado.

¿Cuál sería su parecer respecto a la opinión de un sector de la doctrina nacional que considera que la perspectiva asumida por INDECOPI, en la resolución de algunos casos emblemáticos recientes de libre competencia, termina incrementando discrecionalidad y que ello mengua la predictibilidad de sus decisiones y afecta finalmente a los agentes económicos?

JFR: Esa crítica es interesada. Tengan en cuenta que muchos de los que se presentan como la “doctrina nacional” son abogados de grupos de poder económico y que tienen intereses que

defender. Es más, en algún caso tienen el interés de defender una gestión personal que no se ajustó al respeto a la ley. Veamos ahora la respuesta. Cualquier actuación de tipo administrativa es necesariamente discrecional. Discrecionalidad no significa arbitrariedad. El Derecho de la Competencia quizá sea por naturaleza el más discrecional de los Derechos. ¿Cómo pueden decirle a un empresario sus asesores cuál es el mercado relevante? ¿Cómo pueden decirle a un empresario sus asesores si tiene o no posición de dominio? Finalmente, mercado relevante o posición de dominio será lo que defina la autoridad en un procedimiento concreto. Es absolutamente imprevisible que uno pueda determinar esas condiciones de manera previa con certeza porque hay discrecionalidad en la interpretación y lo que se está interpretando es el mercado. El mercado es absolutamente difícil de interpretar. La discrecionalidad tiene que ser ejercida dentro de los cauces de la ley. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad. Tiene que ejercerse siempre con los mayores grados de objetividad. El funcionario público tiene que tender a objetivar su actuación en el ámbito de la discrecionalidad. Lo que hace INDECOPI es procurar garantizar esto a través de la publicación de precedentes. En lo que va de mi gestión en la Sala de Defensa de la Competencia se han aprobado alrededor de 17 precedentes en materia de competencia. Creo que esos precedentes han renovado el Derecho de la Competencia en el Perú. Son precisamente una pauta de interpretación acerca de cómo la autoridad va a aplicar la norma en estos casos. La predictibilidad la tienen garantizada los agentes del mercado en el sentido de que esta autoridad de competencia lo que va a aplicar es la ley, sin ideología. Va a aplicar la ley en su contenido, en su verdadera institución. Obviamente, siempre acudiendo a las fuentes de referencia, que para nuestro caso, son la doctrina europea y la doctrina norteamericana, que dan luces sobre la materia.

LDC: Anteriormente no había casos significativos de libre competencia y ahora sí los hay. Previamente, no es que hubo o no discrecionalidad, sino que no había casuística. Es obvio que cuando no hay casos la posibilidad de identificar la discrecionalidad es menor. Hoy hay más casos en los que tampoco creo que haya más discrecionalidad, pero sí una visión mucho más intervencionista. Por ejemplo, en el caso de

las AFP⁽¹⁵⁾ discrepo radicalmente con la interpretación dada por INDECOPI en el sentido de que existen los precios excesivos. No estoy en desacuerdo en que el caso se haya visto sino que discrepo acerca de cómo fue visto. Me parece bien que se analicen mercados. Con lo que estoy en desacuerdo es que las normas se interpreten con una visión controlista como lo es señalar que la autoridad de competencia puede fijar precios indirectamente.

MC: Recuerdo varios casos que el Servicio de Competencia español ha tenido donde ni siquiera los empresarios que habían acudido anteriormente a la agencia de competencia conocían los mercados relevantes en los que ejercían su actividad. La agencia requiere discrecionalidad. Decidir discrecionalmente no significa que estemos actuando arbitrariamente. Actúa arbitrariamente quien comete injusticias sabiendo que las está cometiendo. Discrecionalidad es tener un margen para evaluar las cosas objetivamente.

Considerando que muchos de los cambios propuestos en el Proyecto de Ley versan sobre temas que han sido materia de los casos emblemáticos, ¿resulta más conveniente objetivar dichos criterios en una ley o simplemente dar libertad a la agencia de competencia para que establezca precedentes de observancia obligatoria o lineamientos al respecto?

LDC: Siempre es bueno tener una ley. Felicité en su momento que tengamos un Proyecto de Ley. Creo que ha aclarado sustantivamente el panorama del procedimiento administrativo. Así, en la medida que llegado el momento el Congreso de la República adopte esta iniciativa, tendremos un cuerpo orgánico completo y no un texto parchado como ocurre con el Decreto Legislativo 701 que ha tenido diversas modificaciones. Siempre es preferible una buena ley complementada con buenos precedentes que lo que tenemos hoy en día, que son varios precedentes que pueden ser modificados en cualquier momento. Sin embargo, me preocupa el resultado de llevar al Congreso de la República un Proyecto de Ley de esta

envergadura. Quien sabe, resulte mejor esperar un mejor momento a fin de evitar que una buena iniciativa termine dando a luz un monstruo.

JFR: Coincido con las afirmaciones iniciales del doctor Diez Canseco. La conveniencia de reformar el marco legislativo está fuera de toda duda. Los diez años de su aplicación, los parches a lo que ha estado expuesto, el conocimiento más potente que hoy existe sobre una norma de competencia, el hecho de que haya más opiniones, permite enriquecerlo. Lo segundo es que para la elaboración de este Proyecto de Ley hemos contado coyunturalmente con la ayuda de la Unión Europea y la Comunidad Andina a través del Proyecto CAN-UE. Esto ha sido una experiencia sustancial porque permitió que INDECOPI, por varios meses, haya podido contar en Lima con la participación de expertos y destacados intelectuales en libre competencia europeos y de Países Miembros de la Comunidad Andina, quienes han aportado su experiencia y su dinámica para generar un texto como el que tenemos a nivel de propuesta. En cuanto al otro aspecto de la pregunta creo que el Proyecto de Ley no es un corsé. Al contrario, el Proyecto de Ley es una sistematización. Sigue manteniendo la lógica de postulados generales y de grandes aperturas. Sigue mejorando el proceso y sus garantías. En realidad, la gran innovación del Proyecto de Ley, la única novedad del Proyecto de Ley, desde el punto de vista de INDECOPI, es el control de fusiones y concentraciones. La aplicación de la regla de la razón, las conductas explotativas como conductas sancionables y la tipificación de los actos anticompetitivos están ya contemplados en la legislación vigente. Finalmente, discrepo con el doctor Diez Canseco en cuanto al peligro de involucrar al Congreso en la aprobación del Proyecto. Mi “deformación” profesional me obliga a pensar que este Congreso es el de mi República y que, por tanto, es la fuente del poder legislativo de mi país. A este Congreso hay que acudir. Hemos tenido temores muchas veces, uno que recuerdo es el de la ley concursal. Cuando se dijo “tengamos por primera vez en el sistema concursal peruano una ley en el Congreso” los temores eran los mismos. Y hoy tenemos un texto legal concursal

(15) Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI (Expediente 001-2003/CLC) de la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, de 4 de junio de 2004, procedimiento iniciado por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y Javier Diez Canseco Cisneros contra AFP Horizonte y otras.

en gran parte con lo que el INDECOPI había propuesto y con ciertas modificaciones del Congreso⁽¹⁶⁾. Si bien las modificaciones del Congreso han generado polémica, eso es justamente lo que enriquece, lo que ayuda a construir institucionalidad. En INDECOPI no tenemos temor, estamos alentando que finalmente el Proyecto de Ley pueda llegar al Congreso. Si llega, se discute y nuestro Congreso decide que las políticas de competencia que INDECOPI estaba señalando debieran ser más liberales, obviamente, estará bien y si decide en otro sentido también estará bien. El Congreso es la expresión de la voluntad popular. No tengamos la ceguera de pensar que al hablar de libre competencia, de competencia desleal, etcétera, estamos hablando simplemente de materias específicas sino que se trata de temas que involucran directamente a toda la sociedad y que tienen que ver con la coexistencia pacífica, que de no administrarse adecuadamente ponen en riesgo al sistema democrático.

MC: En Perú y en los demás países de la región andina he visto en reiteradas oportunidades un temor reverencial de la sociedad a dialogar con sus representantes sobre cualquier tema. Hay discusiones desconectadas entre sí en múltiples foros y el único sitio donde creo que se pueden conectar para discutir las cosas seriamente y con transparencia es en el Congreso de la República. Ahí pueden acudir los expertos que sean necesarios para discutir la conveniencia de este artículo o tal otro en este tipo de normas de contenido económico. Quitémosle temor a las leyes. ¿Cómo podemos saber si el Proyecto de Ley de INDECOPI es adecuado o no si no lo discutimos? ¿Cómo podemos saber que determinada perspectiva que ha dado INDECOPI al Proyecto de Ley no puede ser mejorada entre todos, incluidos los congresistas que al final la van a aprobar? Si la norma no es comprensiva para ellos, lo que debemos hacer es informar, preparar actividades en las cuales se presenten públicamente leyes de este tipo.

LDC: Lamentablemente, todas las normas que conforman lo que suelo denominar "Derecho Ordenador del Mercado" (libre competencia, competencia desleal y publicidad, protección al consumidor y propiedad industrial) han sido



adoptadas mediante Decretos Legislativos, Decretos Ley o disposiciones supranacionales. No son normas cuyo origen es la sociedad civil o nuestros representantes ante el Congreso. No están, en su origen, legitimadas por el proceso de consulta popular indirecto que es el Congreso. Han sido, de alguna manera, impuestas. Vienen de arriba hacia abajo y ello tiene un efecto pernicioso en el sistema porque puede restar la legitimidad del accionar de la agencia de competencia. Creo que el ejercicio de que el Proyecto de Ley llegue al Congreso es profundamente democrático. Creo enfáticamente que el Proyecto de Ley debe ser derivado al Congreso, entre otras circunstancias, porque no debemos olvidar que las disposiciones a las que nos referimos son el eje fundamental de la Constitución Económica. Son la expresión del régimen económico constitucionalizado. Curiosamente, en Perú, las normas que expresan la democracia económica han sido normas emanadas del Poder Ejecutivo. Empero, debo confesar que me preocupa el resultado de enviar la norma al Congreso vistas las circunstancias particulares de muchos de sus representantes.

MC: El hecho de que las normas anteriores se hayan formado de una manera determinada no impide que en el siguiente proceso de aprobación dicho cauce se mejore. En ese momento pudo ser la mejor forma de aprobarlas y pudo ser mejor aprobarlas así a no tener norma alguna. Definitivamente ahora estamos en otro escenario y tenemos un órgano representativo de la soberanía popular donde se puede dialogar abiertamente de cualquier tema. En este sentido, me parece muy

(16) Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 8 de agosto de 2002.

significativo el nombre que le han puesto a la nueva norma comunitaria porque se hace referencia expresa a la promoción de la libre competencia. Ello equivale a presentar a la competencia como un buen producto, como un producto que los países necesitan, como un beneficio para la sociedad. No se comprende socialmente cómo es que el mismo día en que INDECOPI presentó al gobierno el Proyecto de Ley dándole nuevas posibilidades a la competencia ya aparecían en la prensa comentarios en contra del mismo.

¿Que opinan sobre el tratamiento a las prácticas explotativas en el abuso de la posición de dominio en el Proyecto de Ley?

LDC: Sobre las denominadas prácticas explotativas, debo señalar que discrepo enfáticamente sobre su posible incorporación legislativa, en particular en el caso de los denominados precios excesivos o abusivos. En mi opinión, el Derecho de la Competencia no permite la posibilidad que la autoridad de competencia sancione a una empresa que goza una posición dominante en el mercado por establecer precios. Debo confesar que la mía es una posición ideológica y ello lo he hecho explícito en varias oportunidades⁽¹⁷⁾. Creo que el Proyecto de Ley tan solo debió recoger las prácticas exclusorias, tal como la Decisión. Desde mi punto de vista, el Derecho de la Competencia no es para fijar precios. El origen histórico del Derecho de la Libre Competencia (*antitrust*) fue justamente para atacar los fideicomisos que intentaban fijar precios. En el mismo sentido, el Derecho Anticárteles alemán de comienzos del siglo XX justamente se diseñó para acometer contra los cárteles de fijación de precios. No veo cómo el Derecho de la Libre Competencia pueda servir de instrumento para fijar precios indirectamente bajo el pretexto que se está protegiendo a los consumidores.

JFR: El tema de las prácticas explotativas es distinto al tema del precio abusivo. Está muy mal mezclar estos temas porque difieren. La práctica explotativa es básicamente la explotación que el monopolio hace en su condición de poder. Esa condición de poder (no lo dice el INDECOPI) es

una condición que tiende a generar problemas en el mercado. Cito un artículo del doctor José Távara en el que afirma “la teoría económica sostiene que la concentración excesiva es perjudicial para el desarrollo y el bienestar de las sociedades, pues permite a las empresas obtener ganancias extraordinarias elevando sus precios por encima de sus costos. Ello da lugar a transferencias de riquezas desde los consumidores, que son la mayoría de ciudadanos, hacia los dueños de los monopolios, que son un grupo reducido, lo cual acentúa las desigualdades”⁽¹⁸⁾. La concentración de poder económico genera desigualdades. La teoría económica dice: aquí hay un problema. Por eso es que, cuando tenemos monopolios, les ponemos reguladores. Cuando hay monopolios naturales o legales les ponemos reguladores. El problema que se plantea con las prácticas explotativas es ¿qué ocurre cuando se genera un monopolio que en teoría económica debiera ser contestable (es decir, debería aparecer inmediatamente otro u otros competidores y restituir la competencia) pero en la práctica no aparece ese otro competidor y esa condición de monopolio permanece por años? La pregunta es: ¿la agencia de competencia no tiene nada que decir en ese supuesto? INDECOPI sostiene que sí: para eso están las prácticas explotativas. Resulta sencillo ver que el texto constitucional peruano dice que el Estado combate el abuso de la posición de dominio y no está distinguiendo y diciendo “solo el abuso de la posición de dominio que sea exclusorio”. Se combate tanto el abuso exclusorio como el explotativo. Cualquier forma de abuso tiene que ser combatida porque, precisamente, cualquier forma de abuso es lo que no puede permitirse. El doctor Diez Canseco decía que la Decisión no recoge las prácticas explotativas pero yo sostengo que sí las recoge. En efecto, el artículo 8 dice: “se presume que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado: la adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes en situaciones análogas en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes colocándolos en desventaja competitiva”. Esto quiere decir, por ejemplo, que: si A es quien detenta

(17) DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis José y Enrique, PASQUEL RODRÍGUEZ. *Precios Excesivos: Una mirada a la luz del derecho comparado*. En: Revista *Advocatus*. Número 10. Lima, 2004. pp. 347-379.

(18) TÁVARA, José. *Mercados, monopolios y democracia*. Véase: <http://palestra.pucp.edu.pe/?id=122#>.

el poder económico y le dice a B que le vende el producto X a un precio de S/.5.00 pero el propio A, en cambio, le ofrece el mismo producto a C a S/.1,000.00 ¿A impide u obstaculiza la entrada de un competidor al mercado del producto? No, A simplemente abusa de su poder para eliminar a C de la adquisición del producto X y beneficia a B. Esa es una típica práctica explotativa y por eso sostengo que las prácticas explotativas no coinciden necesariamente con los precios abusivos. Lo que hoy se discute, es lo que INDECOPI ha dicho hasta el cansancio: no se puede negar la posibilidad de ver conductas explotativas porque hay sustento constitucional para ello como acabo de explicar; además, porque hay pronunciamientos de la Corte Suprema en ese sentido. En efecto, el único caso que INDECOPI llevó a la Corte Suprema y que ha sido ya resuelto es el caso de una práctica explotativa, la refiero: cuando en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez nos cobraban por entrar como si hubiéramos estacionado⁽¹⁹⁾. Uno iba diez minutos al aeropuerto y le cobraban estacionamiento completo de una hora. No había otro aeropuerto ni otro estacionamiento donde ir. Ese Aeropuerto no tenía un regulador y no es económicamente eficiente que lo tenga. ¿Quién controla ese abuso? La agencia de competencia porque es una práctica explotativa. Se estaba abusando de los consumidores. El operador del aeropuerto no estaba discutiendo la entrada con nadie. Nadie más iba a entrar, tenía garantizado el monopolio. Ante esta situación, el Derecho de la Competencia dice que se combate el abuso. Quiero insistir en lo siguiente: la intervención de la agencia de competencia, en estos casos, es residual y no como interesadamente han querido hacer creer algunos diciendo que INDECOPI controlaría el precio del pan o del azúcar. Ello es absolutamente falso. La única posibilidad de intervención en esta materia es que exista un monopolio, que las barreras de entrada sean excesivamente altas, que el mercado esté presentando un problema de contestabilidad y que quienes estén pagando el precio de esa falta de contestabilidad sean los consumidores.

LDC: Pero el problema está en resolver el asunto fijando indirectamente los precios. Para sancionar esta clase de conducta resulta necesario que

previamente se determine un precio de referencia a partir del cual se pueda decir que se está frente a uno excesivo y cabe preguntarse: ¿quién es la autoridad de competencia para determinar cuándo un precio es excesivo o no? Por lo tanto, resulta en una forma indirecta de fijar precios, lo que atenta contra la esencia del libre mercado. Empero debo confesar que a este nivel estamos frente a un debate de naturaleza ideológica.

MC: El mercado es muy amplio. Cuando una norma de competencia prohíbe conductas en supuestos abiertos o en blanco lo hace porque las empresas, desde su conocimiento diario, van más allá que las agencias de competencia y que las leyes. No solo pensemos en la fijación de precios, pensemos en todos los posibles casos en los que se producen los abusos. Hablar de explotativo y exclusorio me parece similar a hablar de regla de la razón y regla *per se*. En general, toda venta atada es explotativa, por ejemplo. Si una ley de competencia dijera que finalmente la agencia de competencia va a fijar precios es obvio que esa ley estaría de inmediato deslegitimada. Hay muchas sentencias del Tribunal de Competencia español y otros tribunales europeos sobre el tema que discutimos y ninguna obliga a establecer un precio justo. El precio justo es algo metafísico. Los precios los fija el mercado y no las leyes ni las agencias de competencia.

JFR: En realidad, el debate entre conductas de abuso exclusorias y explotativas es una discusión que en Perú no se había dado antes, que se introdujo recién por la resolución en primera instancia de la Comisión de Libre Competencia en el caso de las AFP, que fue un pronunciamiento que tenía como único propósito encontrar una razón para declarar improcedente el caso. INDECOPI no ha sancionado ningún precio abusivo. INDECOPI lo único que ha dicho es que las conductas explotativas pueden ser sancionadas. ¿Qué ha ocurrido en Europa, en España? Se han sancionado poquísimas conductas de este tipo porque es residual. Hay que estar convencido de la situación manifiesta de abuso. Dejemos eso a la jurisprudencia. No hagamos ideología de algo que carece de ella.

Respecto al control de fusiones y concentraciones, ¿consideran realmente

(19) Expediente 007-2001-CLC. Procedimiento iniciado por denuncia de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Los Portales S.A. y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A.

pertinente tener este sistema en el Perú? ¿No resulta muy costoso para los beneficios que brinda?

LDC: Creo que para este tema resulta válido el refrán: más vale prevenir que lamentar. Esa sería la regla simple detrás del control de fusiones y concentraciones. Por ejemplo, y con independencia de consideraciones aplicables a cualquier industria, basta que exista uno, dos o tres sectores de la economía que sean esenciales para el desarrollo o la competitividad del país para se justifique un sistema de control de estructuras *ex ante*. Sobre el tema del control de fusiones y concentraciones se han brindado argumentos muy interesantes e incluso válidos. Es un tema sumamente controvertido. Se ha argumentado que no existe experiencia, que es costoso, que paraliza los procesos económicos. También que la administración del sistema resulta onerosa para el universo, muy limitado por cierto, de empresas que estarían sujetas a esta clase de control previo antes de su fusión. Empero, ninguno de esos argumentos tienen cabida en la medida que exista un umbral alto. Hasta donde llega mi conocimiento, en el Proyecto de Ley nunca se ha pensado analizar pequeñas fusiones, sino aquellas de un tamaño y actividad que justifique la actuación estatal. Tal como indiqué, es cierto que el control de fusiones y concentraciones se aplica muy poco a nivel internacional. Ello no es una justificación para eliminar la posibilidad su incorporación en nuestra legislación general de competencia. Creo que debemos contar con este instrumento como una suerte de medida preventiva para revisar fusiones que pudieran afectar el proceso de competencia. Debe haber una visión, como indicaba el doctor Candela, de futuro. Es cierto que es una norma *ex ante*, con efectos difíciles de prever -un acto de adivinación-, pero es necesaria justamente para evitar que se revisen temas posteriormente por la vía del control de precios. Estoy de acuerdo con el control de fusiones y concentraciones pero lo que no me queda claro en el Proyecto de Ley es por qué se establecieron los umbrales o márgenes que muestra.

JFR: Me remito al siguiente texto del doctor José Távara, el mismo que pone el acento en otro tema que creo que para Perú resulta

absolutamente importante: “las consecuencias negativas (de la concentración económica) no se limitan a la esfera económica. La doctrina del *antitrust*, formulada en los países industrialmente avanzados, postula que la democracia funciona mejor cuando el poder económico se distribuye de manera descentralizada y cuando los distintos intereses económicos se contrarrestan entre sí. Se trata de un postulado análogo a la separación de poderes y al establecimiento de ‘pesos y contrapesos’ en el funcionamiento del Estado, que limitan las posibilidades de abuso del poder político. También se afirma que la riqueza y la diversidad cultural florecen en sociedades libres y abiertas, mientras que las sociedades caracterizadas por la concentración del poder económico tienden a la uniformidad y a la pobreza cultural. Cuando el poder económico se concentra, la democracia se pervierte y las políticas empiezan a responder a las presiones de los grupos de poder. Una democracia auténtica requiere de cierto grado de igualdad en la capacidad de influir en el proceso político”⁽²⁰⁾. Lindblom sostiene que las grandes corporaciones son una especie de “ciudadanos sobredimensionados” que disponen de ingentes recursos para financiar campañas, utilizar los medios de comunicación para atacar a sus adversarios, crear grupos de presión y establecer relaciones con funcionarios públicos y líderes políticos en su propio provecho. De hecho, cuentan con personas especialmente dedicadas a desempeñar estas funciones. A medida que el grado de concentración se eleva, las grandes corporaciones pueden llegar a comportarse como verdaderos Estados”⁽²¹⁾. Esto es lo que vemos en estos días, esto es a lo que se ha referido el doctor Candela. Los grupos de poder económico han saltado con la sola posibilidad de pensar que puede establecerse una ley de esta naturaleza, al ver peligrar sus intereses. Lo interesante de esta cita del texto del doctor José Távara es que afirma que el sistema democrático solo va a tener viabilidad si es que encontramos condiciones de equilibrio. Si, por el contrario, encontramos una balanza totalmente desequilibrada a favor de los grupos de poder económico, tengan la seguridad que la viabilidad de nuestro país está en juego.

MC: Trataré de poner un punto de equilibrio. No dramaticemos. En realidad no es tan negativo que

(20) TÁVARA, José. *Op. cit.*

(21) LINDBLOM, Charles. *El sistema de mercado: qué es, cómo funciona y cómo entenderlo*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

haya concentraciones ni tan positivo que las mismas se controlen. Se dice que ha demorado en Perú el establecimiento de control de fusiones y concentraciones, pero consideremos que Europa se demoró más de 30 años en establecerlo. Debe analizarse con detenimiento cómo se incorpora, cuándo y con qué objetivo. Las normas de competencia en Europa empezaron a funcionar a través del Tratado de Roma en la época de la posguerra. En aquella época no es que no habían grandes empresas en Europa, simplemente no habían empresas: había escombros. ¿Era lógico en ese contexto que se habilite una riqueza europea controlando a las empresas que querían concentrarse? No, primero debía desarrollarse, perfeccionarse el mercado europeo. Únicamente cabe el control de concentraciones y fusiones en un mercado desarrollado luego de verificar que no funciona correctamente, porque es en este mercado consolidado que determinados grupos empresariales que tienen mucho poder no actúan adecuadamente. Si los grupos empresariales se comportan adecuadamente entonces no sería necesario establecer control de fusiones y concentraciones, pero la realidad no es esa. Podríamos decir que el control de fusiones y concentraciones es la última fase de todo el proceso de normas de competencia, donde aún no se han formado de manera clara criterios generalmente aceptados sobre el problema de la regla de la razón y la regla *per se*, sobre si una práctica es explotativa o exclusoria, ¿cómo podría el primer día de aprobación de la norma prohibir a dos empresas que hagan negocios en común o que una adquiera a otra? Si se acepta la posibilidad de concentraciones empresariales, estaría diciendo entonces que no quiero desarrollo económico. ¿Cuánto tarda ese proceso en madurar? En el caso de Europa, más de 30 años. La norma comunitaria europea de control de fusiones y concentraciones es de 1989, un poco antes de que INDECOPi tuviese su norma de competencia general. La norma general europea de competencia es de 1957.

LDC: En la Unión Europea no se introducía una norma sobre control de fusiones y contrataciones básicamente porque no se habían perfeccionado los mecanismos legislativos comunitarios para garantizar la libre circulación de mercancías. Una vez que hubo libre circulación de mercancías la norma recién se aprobó. Esa sería también la razón principal por la que en la Comunidad Andina no se

habría optado aún por una norma de control de fusiones y concentraciones.

MC: Ello es lo que yo mencionaba al principio. Algunos de los principales objetivos de las normas de competencia son crear mercado, crear integración, crear mercado interior. Si no hay un único mercado las reglas no van a funcionar. No podemos hacer de Perú un mundo aislado y que en otros países de la región a las empresas se les supervise en cuanto a control de fusiones y concentraciones y en Perú no. Ello genera distorsiones del mercado y de aplicación de las normas de competencia que después son muy costosas de corregir.

JFR: Lo importante es que, con la ayuda del Proyecto CAN-UE como con la ayuda del Proyecto que lidera el doctor Díez Canseco, INDECOPi está por primera vez investigando mercados luego de tantos años de vigencia de la ley de competencia.

LDC: El sistema de control de fusiones y concentraciones permite además acopiar información sobre el comportamiento del mercado, permite a la autoridad de competencia saber cómo se dinamizan cierto tipo de mercados y cómo actúan los mercados colaterales. La norma de control de fusiones y concentraciones debería estar acompañada con disposiciones complementarias que garanticen la institucionalidad e independencia de la autoridad competente como sería el caso de establecer que el cargo de miembro del Tribunal no es un cargo de confianza y asignar mayores recursos al INDECOPi para que pueda investigar mercados. En efecto, a menor investigación, mayor discrecionalidad.

¿Existe alguna modificación sustancial que requiera el Proyecto de Ley considerando la aprobación de la Decisión?

JFR: Considero que no. La manera cómo la Decisión introdujo a las agencias de competencia en la labor comunitaria ha sido complicada y ello ha demorado su aprobación. La Decisión no establece niveles de interferencia sino de colaboración. La autoridad nacional va a poder seguir aplicando su norma nacional en los casos de contenido nacional y la Decisión se va aplicar en caso que existan prácticas que tengan efectos en más de un país miembro de la Comunidad Andina. Igual ocurre con los mecanismos de

aplicación: en el caso andino son los mecanismos andinos contemplados, es decir, la Secretaría General de la Comunidad Andina como autoridad instructora, un Comité de Competencia Andino (que se va a crear) y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Creo que la aprobación de la Decisión es un espaldarazo para las agencias de competencia que han venido trabajando temas de libre competencia en la región, que va a contribuir a dinamizar el proceso.

LDC: Creo que la Decisión obliga a que el Proyecto de Ley elimine las prácticas explotativas. Debe ser una pauta a tomar en cuenta e, inclusive, creo que se debería suscribir también en Perú un texto equivalente al del artículo 8 de la Decisión. Creo también que la Decisión establece el patrón sobre la manera cómo debe enfrentarse el tema de las excepciones en bloque y singulares. El problema jurídico es: ¿la adopción de la Decisión obliga a que los países miembros de la Comunidad Andina a que aprueben una norma similar o no? Perú, al igual que los otros países miembros, al ser parte de la Comunidad Andina y al haber delegado soberanía al momento de ratificar y depositar el Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se obliga a armonizar su normativa nacional a la comunitaria. Ello se hace extensivo a la interpretación de la normativa. Prueba de ello es la Decisión 486⁽²²⁾.

MC: Lo mencionado por el doctor Rojas no excluye la aplicación superior de la Decisión. El proceso será casi paralelo porque tanto la nueva norma peruana, una vez aprobada, como la Decisión se empezarán a aplicar casi simultáneamente. Habrá que ponerse de acuerdo no tanto en cómo redactar un determinado artículo, sino como aplicarlas armónicamente. No para el Perú sino para los cinco países miembros de la Comunidad Andina. Entre las actividades del Proyecto CAN-UE haremos una guía práctica o manual de aplicación de la Decisión consensuado con las agencias de competencia de los Países Miembros de la Comunidad Andina para que no haya discrepancias entre la aplicación de un criterio o un concepto de un país a otro. Daremos directrices como las que tiene la Unión Europea. El Tratado de Roma no obliga a que cada país tenga la misma definición de una conducta, pero

sí obliga a una aplicación armónica. Lo que debe haber entre los Países Miembros son criterios de aplicación o interpretación uniformes, no hace falta tener leyes iguales. El Proyecto CAN-UE pretende armonizar, pero no armonizar tanto leyes como sus criterios de aplicación. Por ejemplo, en Alemania hay un sector que está exceptuado (con algunas condiciones) de la aplicación de ciertas normas de competencia: la Liga de Fútbol Alemana. Ello no ocurre en los demás Países Miembros de la Unión Europea. ¿Ello interfiere con una aplicación armónica de los criterios de interpretación de normas de libre competencia en la Unión Europea? No, porque las normas para exceptuar son las propias normas comunitarias y más aún los mismos criterios de aplicación. No es necesario tener normas iguales para tender al mismo objetivo. Los objetivos de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma son la creación, el funcionamiento y la mejora del mercado interior, del mercado común. En la Comunidad Andina se pretende crear un mercado interior. Una mercancía que entra desde Brasil a cualquiera de los Países Miembros de la Comunidad Andina debería poder circular libremente y en las mismas condiciones por todos los Países Miembros, pero eso hoy no ocurre. Los mercados fragmentados impiden el desarrollo económico, social y político, afectan el bienestar de los consumidores, de los ciudadanos, de los empresarios, perennizan el subdesarrollo.

No todos los países miembros de la Comunidad Andina tienen norma especial de libre competencia ni agencia de competencia. ¿Cuál es el objetivo principal del Proyecto CAN-UE? ¿Qué deben esperar los países miembros de la Comunidad Andina de él?


MC: El Proyecto CAN-UE es un proyecto de cooperación que busca apoyar con asistencia técnica de expertos internacionales la satisfacción de necesidades en libre competencia de países miembros de la Comunidad Andina, donde la propia Comunidad Andina evidenció que por sí misma no tenía capacidad suficiente para cubrir las. Se brinda asesoría en relación a las normas de libre competencia para que las mismas ayuden a

(22) "Régimen común sobre propiedad industrial", de 14 de setiembre de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 1 de diciembre de 2000.

cumplir el objetivo de la Comunidad Andina de crear un mercado común andino. El mercado común andino tiene como componentes: la circulación de bienes, personas y capitales. Solo pueden circular los bienes si tenemos normas de competencia y reglas de funcionamiento del mercado que permitan que un producto se mueva libremente por todos los países miembros de la Comunidad Andina y que las empresas libremente se puedan instalar, desinstalar, trabajar, crear filiales o fusionarse en cualquier país miembro de la Comunidad Andina bajo las mismas condiciones económicas y jurídicas. El objetivo del Proyecto CAN-UE es que aportando normas en esta materia, las fallas del funcionamiento del mercado común disminuyan al máximo posible. Más aún, como dice nuestro embajador de la delegación de la Comisión Europea en Perú, el señor Mendel Goldstein, no es cuestión de trasladar modelos, sino de explicar modelos que funcionan. Me llama la atención la última parte de su pregunta: yo considero que los países miembros no deben esperar nada del Proyecto CAN-UE. La verdadera pregunta debería ser ¿qué deben hacer los países miembros de la Comunidad Andina para salir adelante en esta materia? La Unión Europea, con un poco más de recursos, solo puede brindarles el compartir su experiencia para salir adelante. La política activa de libre competencia no la va hacer el Proyecto CAN-UE. Desde que salió la Decisión me sorprendió que no haya por lo menos un pequeño grupo de casos en la Comunidad Andina o por lo menos empresarios haciendo consultas sobre su contenido y operatividad. Los países miembros deben empujar a la Comunidad Andina. Toda norma requiere ser difundida y aquí no hay una política de difusión.

LDC: Por ejemplo, a pesar de que Italia fuera un país miembro original de la Comunidad

Europea, este no tuvo ley nacional de competencia sino hasta inicios de los 90. En ese país se aplicaban las disposiciones contenidas en su Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual conjuntamente con los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma. Actuar es lo trascendente. El camino se hace al andar. Para finalizar quiero trasladarles una anécdota. En 1991, el día que se aprobó la anterior norma comunitaria andina sobre libre competencia, la Decisión 285⁽²³⁾, recuerdo que conversé con Ignacio de León (unos años después Superintendente Pro-Competencia de Venezuela y con quien elaboré e impulsamos ciegamente dicha norma). Nos dijimos: "se adoptó pero nunca se va a aplicar". Dicha Decisión tuvo muchísimas imperfecciones. Empero el propósito era que contáramos con una norma para que sirviera, por lo menos, de base para su ulterior reforma. Entre sonrisas nos dijimos: "acabamos de promover una norma que sólo servirá de pretexto para reformarla". No nos equivocamos. Considero que a pesar de que nunca se aplicó, probablemente sin esa Decisión no se hubiera contado con la base para impulsar la aprobación de la actual Decisión. Como colofón: en el Derecho de la Competencia, tanto en Perú como en la Comunidad Andina, tienen que promoverse casos. El Derecho español de la Libre Competencia tiene relevancia desde que España ingresó a la Unión Europea y se incrementó sustantivamente la casuística. Espero que acá, al menos, se genere el proceso inverso: que la Comunidad Andina tome como referencia la actuación de las agencias de competencia existentes en sus países miembros.

JFR: Desde mi punto de vista, la reflexión final es: dejemos de lado los dogmatismos. Apliquemos las normas en sus bondades, corriámoslas en sus defectos y aprendamos caminando. 

(23) "Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia", de 21 de marzo de 1991, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 4 de abril de 1991.