

# CONTRA LOS EXCESOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

## Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas\*

José Juan Haro Seijas\*\*  
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

*“Vivimos tiempos de inflación regulatoria”, denuncia el autor del presente artículo. En esa línea, el trabajo que sigue constituye una invitación a los lectores a cuestionar las bases teóricas que sustentan, en palabras del autor, “el inquietante consenso a favor de más regulación” y a dos de sus principales instrumentos: los conceptos de monopolio natural e instalación esencial.*

*De esta forma, revisando casos recientes con la claridad y agudeza de quien conoce perfectamente las implicancias legales y económicas del área de Derecho enfocada, José Juan Haro presenta en sociedad su manifiesto de Competencia... naturalmente, pro liberalización de los mercados.*

\* A THEMIS-Revista de Derecho, cuya oficina –vecina a la de Derecho & Sociedad, la revista a la que pertenecía Yvonne– me proporcionó una excusa para aproximarme diariamente a quien hoy día es mi esposa; y a José Francisco, mi hijo, que, aunque fuera sólo bajo una amplia concepción de causa, es también producto de nuestro paso (el de Yvonne y el mío) por las revistas universitarias.

\*\*Analista del informativo de actualidad jurídica Enfoque Derecho. Abogado. Master en Derecho por la Universidad de Chicago. Profesor de Contratos, Derecho de la Competencia y Análisis Económico del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

## A MANERA DE INTRODUCCIÓN

No debíamos haber sido más de veinte. Nos reuníamos los domingos a las 9 de la mañana para Asamblea General. Algunos llegaban de boleteo, chancleteando los zapatos, con la camisa desparramándose por detrás del pantalón y con signos irrefutables de haber libado alcoholes hasta bien entrada la madrugada. Con suerte, aquellos podían dormir algo más en la puerta, mientras aguardaban la llegada de Ximena Zavala, que en ese tiempo era un poco como nuestra madre. Otros, los novatos, nos preparábamos con anticipación injustificable para un evento que estaba destinado a convertirse en parte cotidiana de nuestra vida universitaria. Íbamos llegando a Miraflores desde distintos lugares, en auto los más pudientes, los demás en transporte público. Habíamos recurrido a todo tipo de estrategias –el despertador, una llamada oportunamente concertada, la vigilia obligada– para no faltar a la convocatoria.

Ximena no sólo había conseguido el local para las reuniones –las oficinas de su tío Francisco Lombardi, el director de la “Boca del Lobo”– sino que había asumido también, de *motu proprio*, la responsabilidad de conducir y dotar de un sentido de unidad a un grupo bastante disímil de personalidades. Y, si bien es verdad que había tenido éxito en su esfuerzo, mentiría si quisiera negar que, quizá por nuestras naturales diferencias de carácter, quizá por los rezagos de las juergas inmediatamente precedentes, no era inusual que las reuniones llegaran al punto de la confrontación: que se formaran grupos, que se defendiera agresivamente las propuestas propias como si se tratara de asuntos de los que dependiera la viabilidad de la empresa conjunta. A fin de cuentas, en la Asamblea se adoptaban algunas decisiones que estaban destinadas a dejar huellas imborrables del paso de nuestra generación por la Revista: definíamos el color de la tapa y el cuadro que adornaría la carátula, debatíamos sobre el contenido de los artículos y su organización, establecíamos si debíamos pronunciarnos como grupo en torno a un determinado evento político. Luego, muy probablemente cuando la intensidad de la discusión se había ya aquietado, nos enfocábamos en temas menos candentes pero quizá más relevantes para la subsistencia inmediata: analizábamos las ventas de la edición anterior, evaluábamos si era posible colocar espacios publicitarios en nuevas empresas y confirmábamos esperanzadamente colaboraciones que entonces parecían destinadas a la eterna permanencia: rogábamos, por ejemplo, que EICA Consultores –la empresa del papá de Enrique Felices– pudiera colaborar con nosotros, una vez más, para cubrir el exiguo presupuesto que manejábamos.

No recuerdo muy bien si fue en el mismo ciclo en que me admitieron o fue en el ciclo siguiente, pero me pareció que había pasado poco tiempo desde mi ingreso cuando tres de los cinco miembros del Consejo Directivo anunciaron su retiro: Ximena y Mauricio Gustin completaban su carrera universitaria; Nacho Castro había tenido que decidir, forzado por las circunstancias, si permanecía un semestre más con nosotros o, como finalmente hizo, asumía la plaza de abogado que le habían ofrecido, antes de concluir la Universidad, en el Estudio para el que practicaba en esa época. Tengo grabada en la memoria, no me explico bien por qué, la forma en que Nacho nos comunicó su decisión: fue un discurso breve, que pretendió sazonar con momentos de comicidad, pero que acabó hilvanando con una tristeza cuyas causas, al menos en ese momento, me resultaban absolutamente indescifrables. No era consciente todavía del verdadero significado del alejamiento, ni de la lógica que se escondía detrás de la sustitución de los miembros antiguos por nuevos integrantes; no había comprendido aún que el recambio –que convierte en una institución a lo que de otra forma sería solamente un grupo de personas– estaba destinado a repetirse, ciclo a ciclo, en los años venideros. Tal vez no imaginaba entonces que, pocos años después, como parte natural del proceso, me tocaría también a mí asimilar el golpe del distanciamiento forzado.

En memoria de mi propia despedida, conservo todavía un sencillo diploma, otorgado “en agradecimiento por el trabajo y la amistad brindados”. Está fechado en enero de 1996. Casi diez años después de ese adiós oficial (mucho tiempo más del que me tocó vivir en THEMIS), recuerdo todavía claramente mi primer contacto con la Revista. Me declaraba entonces estudiante del segundo ciclo de Derecho, aunque en mi primer semestre en la Facultad –que era en realidad el cuarto de Estudios Generales Letras– sólo había podido adelantar Introducción a las Ciencias Jurídicas y Derecho Penal I. Solía apostarme en la rotonda de Derecho para conversar con los amigos y fue en esas circunstancias cuando, un buen día, probablemente próximo a los exámenes finales, se acercó a nosotros Mauricio Gustin a ofrecer en venta la edición número 21. Como nunca andaba con dinero suficiente, no tengo en claro cómo pude comprarla. Lo que sí soy capaz de recordar como si fuera ayer es que la leí febrilmente, con la ansiedad de quien se reconoce por completo ignorante en las materias que en ella se trataban. Es verdad que para entonces había tenido ocasión de revisar algunas ediciones de Derecho & Sociedad, una revista dedicada en esa época al Derecho Público, pero THEMIS se me antojó bastante más atractiva. Y posiblemente fue como producto de ese parecer que decidí que quería formar parte del equipo

que la editaba y eventualmente alcancé mi cometido.

Sólo ahora que me he dado a la tarea de hojear nuevamente la número 21 y que convoco a la nostalgia, soy capaz de constatar el modo tan profundo en que ese pequeño volumen azul habría de impactar en la formación de las convicciones que me propongo concentrar en este ensayo. El ejemplar que ahora tengo entre manos no sólo me abrió las puertas a una institución con la que –a pesar del tiempo transcurrido– me siento todavía tan estrechamente identificado, sino que puso a mi disposición de un modo bastante temprano las ideas que algunos años después habría de profundizar y desarrollar en mi carrera profesional. Como ningún volumen de THEMIS lo había hecho antes, la edición 21 habría de ofrecer generosamente sus páginas a una rama del pensamiento entonces poco conocida entre nosotros: el análisis económico del Derecho (AED). A un clásico artículo de Guido Calabresi y Douglas Melamed –me refiero por supuesto a “Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un Vistazo a la Catedral”<sup>1</sup>, cabalmente traducido por Ximena Zavala y Eduardo “Lalo” Sotelo– se acompañaba un texto de valía firmado por Alfredo Bullard en el que se explicaba pulcramente los postulados básicos del Teorema de Coase<sup>2</sup> y otro de Jorge Fernández Baca, corto pero relevante (al menos para el tiempo en que fue escrito), en el que se defendía la necesidad de contar con una ley antimonopolios y se recomendaba el modo en que ésta debía ser aplicada<sup>3</sup>. No sabía yo nada de Derecho, pero la penetrante simplicidad de las ideas del AED me sedujo inmediatamente. Y aunque por años, durante el curso de mi formación universitaria, habría de transitar por los caminos de la dogmática romano-germánica de la mano de mis maestros Gastón Fernández Cruz y Hugo Forno Flórez, hacia el final de mi carrera retomaría sin saber muy bien cómo ni cuándo la senda económica de la que no me he apartado hasta la fecha.

“¡Al fondo hay sitio!” –así se llamaba el texto de Alfredo Bullard– era un llamado desprejuiciado a favor de la desregulación. El artículo aventuraba que la

liberalización del transporte público, introducida en nuestro país mediante Decreto Legislativo 651 de 25 de julio de 1991, podría contribuir a resolver los problemas de dicho sector mucho mejor de lo que el sistema intervencionista lo había hecho jamás. A pesar de que las enfermedades que la liberalización pretendía curar (la escasez del parque automotor, las largas esperas en los paraderos, la saturación de las unidades más allá del límite de su capacidad<sup>4</sup>, los conflictos relacionados con la regulación tarifaria) fueron sustituidas poco tiempo después por otro tipo de males (el exceso de oferta de combis, la congestión de las rutas, el incremento del tiempo necesario para transportarse de un lugar a otro de la ciudad, la concertación de precios entre los gremios de microbuseros) y que algunos problemas (como la siniestralidad en nuestras pistas o la inurbanidad vial) nunca amainaron, tengo para mí que las intuiciones básicas del trabajo de Alfredo eran sustancialmente correctas. Gran parte de los problemas a los que nos ha tocado enfrentarnos en los últimos años tienen que ver con la inadecuada comprensión de nuestras autoridades y de la judicatura sobre los fenómenos económicos, antes que con deficiencias en la receta de liberalización. La congestión del transporte público es, en gran medida, el resultado de una inadecuada asignación de titularidades sobre las rutas y de un inexplicable activismo judicial que, mediante acciones de amparo dirigidas a tutelar alegadamente el derecho al trabajo o a la libertad de empresa, se encargó durante largo tiempo de paralizar los esfuerzos de las autoridades municipales por licitar los trayectos y construir una verdadera red de transporte público. El incremento de los accidentes y de la inseguridad vial, por su parte, tiene que ver con el absoluto fracaso del sistema de responsabilidad civil y con el retraso o deficiencia en la implementación de medidas alternativas, como el seguro obligatorio<sup>5</sup>.

De la misma manera que adoptar una orientación económica para pensar las instituciones jurídicas no supone negar al Derecho el fundamental espacio que le corresponde en nuestra sociedad, desregular no consiste –como podría pensarse de un modo

<sup>1</sup> El artículo, contenido entre las páginas 63 y 86 de THEMIS 21, había sido publicado originalmente en Harvard Law Review 85. 1972. pp. 1089-1128.

<sup>2</sup> BULLARD, Alfredo. “¡Al fondo hay sitio! ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público?”. En: THEMIS-Revista de Derecho 21. 1992. pp. 93-100.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ BACA, Jorge. “La Ley Antimonopolio ¿por qué y cómo aplicarla?”. En: THEMIS-Revista de Derecho 21. 1992. pp. 87-92.

<sup>4</sup> Baste con recordar, para suscitar recuerdos en ciertos lectores, que parte de la aventura de la vida universitaria consistía, a finales de los ochentas y comienzo de los noventas, en aprender a viajar colgado con una mano del estribo del microbús mientras que con la otra se sujetaba la mochila.

<sup>5</sup> No quiero sugerir, en este punto, que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), tal cual éste ha sido concebido, esté contribuyendo efectivamente a la reducción del número e intensidad de los accidentes. Transcurrido más de un año de su entrada en vigencia, las estadísticas muestran más bien un incremento de la siniestralidad, lo que a nuestro juicio se explica (aunque no exclusivamente) por el hecho de que el seguro fue planeado con la única intención de cubrir automáticamente a las víctimas y, precisamente por ello, prescindió de mecanismos que típicamente se usan en la industria (franquicias, incrementos en la prima, etc.) para inducir a los asegurados a tomar precauciones y minimizar el problema del “riesgo moral”. En esas condiciones, paradójicamente, el SOAT podría estar generando más comportamientos negligentes que antes.

apriorístico– en eliminar por completo todo tipo de normas jurídicas. De lo que se trata en realidad, tal cual sugería implícitamente el seminal trabajo de Ronald Coase sobre el problema del costo social<sup>6</sup>, es de dejar de lado la regulación que no tiene sentido. Coase postula, esta es la idea básica de su Teorema, que el Estado sólo puede contribuir a distorsionar el mercado si interviene en casos en los que los privados son perfectamente capaces de arribar a soluciones negociadas. Cuando la existencia de costos de transacción elevados impide cualquier tipo de arreglo privado, en cambio, la regulación estatal se justifica como sustituta de la autonomía privada. No se trata de eliminar al Estado, sino de hacer que éste cumpla adecuadamente su cometido: que defina apropiadamente las titularidades, que aplique la fuerza pública para hacer cumplir los contratos y que asegure la provisión de un sistema (bien público, bien privado) para la solución de conflictos.

En el campo de los servicios públicos, aunque también en el del consumo masivo en general, se percibe con facilidad la confusión a la que se ha llegado en nuestro país sobre el papel que debe corresponder a la regulación económica. No se trata ya, parecen entender algunos, de corregir las fallas que impiden el adecuado funcionamiento de los mercados: se pretende, más bien, sustituir decisiones de consumo que pueden adoptar perfectamente los consumidores entre varias opciones disponibles por una única alternativa definida por la autoridad. A pesar de la existencia de una pluralidad de proveedores en el mercado, desde diversos sectores se reclama la intervención del Estado para la fijación de las tarifas del SOAT, de las comisiones bancarias, de las comisiones que cobran las AFPs, del precio del gas licuado de petróleo o de la gasolina; se exige la proscripción de cláusulas y condiciones contractuales que se juzgan abusivas sin mayor análisis; se intenta forzar a empresas que han realizado cuantiosas inversiones a ponerlas a disposición de sus competidores como si no fuera posible que negocios similares se concertaran voluntariamente a través de contratos. Y si, por alguna razón, un organismo regulador técnicamente capacitado exige el respeto de sus fueros y se aventura a exponer las razones por las que la intervención exigida no resulta recomendable, arriesga que se le tilde públicamente de ineficaz y se le exija que modifique sus políticas para favorecer, supuestamente, el verdadero interés de los consumidores. Apoyada en modas de discutible fundamento más que en verdaderas teorías económicas, se vislumbra así la consolidación de un preocupante consenso a favor de una mayor

intervención del Estado en la actividad económica.

El presente artículo constituye un humilde homenaje a THEMIS-Revista de Derecho, con ocasión de sus 40 años de vida. A lo largo de su existencia, la Revista ha destacado por su pluralismo: ha sabido dar cabida a ideas fundamentadas en las más diversas corrientes del pensamiento jurídico y a diferentes inclinaciones ideológicas; se ha ocupado por igual del Derecho Privado y del Derecho Público; ha acogido textos escritos por profesores universitarios y por alumnos, por extranjeros y por peruanos; pero por sobre todas las cosas –y esto es lo que considero más valioso– ha inspirado a un siempre heterogéneo grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú a mostrar pasión por lo que hacen. Es el pluralismo que sustenta su modo de ser lo que permite que cada quien encuentre en THEMIS un camino distinto. En mi caso personal, la búsqueda me condujo a afirmar una vocación por el AED y por el estudio de la regulación económica que pretendo convocar en las páginas que siguen para evaluar algunas decisiones, normativas y jurisdiccionales, adoptadas recientemente en nuestro país. El esfuerzo que acometo no tiene, como podrá percibirse con facilidad, un mero propósito académico. La aproximación, intencionalmente pragmática, está dirigida particularmente a explicitar las razones por las que juzgo necesario oponerse a los excesos de la regulación económica. Si acaso algún mensaje pretendo transmitir es que, más de diez años después de que nuestro país empezó a transitar por ese camino, la vía de la liberalización y la desregulación continúa siendo la mejor receta para alcanzar el desarrollo.

## 1. SOBRE EL INQUIETANTE CONSENSO A FAVOR DE MÁS REGULACIÓN

La Comisión de Defensa del Consumidor y de Organismos Reguladores del Congreso de la República ha adquirido particular notoriedad durante el gobierno del Presidente Toledo. En los últimos cuatro años hemos sido testigos de la formulación de diversas iniciativas para intervenir virtualmente en todos los campos de la actividad económica. Propuestas y normas para controlar las tasas de interés y las tarifas de diversos servicios constituyen parte de la agenda legislativa. La necesidad de regulación tarifaria se predica tanto respecto de mercados monopólicos (la telefonía fija, por ejemplo) como de mercados competitivos (entre ellos, la banca). Las justificaciones para una mayor intervención son variadas y no siempre consistentes entre sí. Un reciente proyecto de ley presentado ante

la Comisión sostenía virtualmente que los usuarios del servicio de telefonía no están en capacidad de elegir las condiciones que mejor se ajustan a sus necesidades y proponía que se proscibiera, sin más ni más, las cláusulas contractuales que autorizaran a las empresas concesionarias a modificar los contratos (incluso para mejorar las condiciones contractuales) sin la anuencia expresa de cada uno de los usuarios, las que autorizaran a grabar las comunicaciones con el usuario, las que autorizaran a recibir publicidad de la empresa, las que supusieran la venta de paquetes de servicios, entre otras<sup>7</sup>. Una y otra vez propuestas de ese tipo han sido combatidas por medios e instituciones de corte liberal. El Instituto Peruano de Economía (IPE) se ha encargado de distribuir opiniones diarias en las que se pronuncia claramente en contra de recetas engendradas en el seno de la Comisión. Lo propio ha hecho *Semana Económica* y conocidos diarios de nuestro país. Si el análisis se mantuviera en un plano estrictamente superficial y se fundara en la inclinación ideológica de los participantes en este debate, se diría que lo que se encuentra detrás de la discusión es una típica confrontación entre derechas e izquierdas.

Hay más que eso, sin embargo. En el otro extremo del espectro político es posible ubicar también abogados de algún tipo de intervención estatal que juzgamos excesiva. No resulta extraño que quienes se oponen frontalmente a medidas propuestas por el Congreso en supuesta tutela del interés de los consumidores, exijan a renglón seguido que ese mismo cuerpo legislativo o los organismos reguladores adopten medidas que favorezcan el interés de ciertos competidores en el mercado. Para dotar de mayor coherencia al discurso, se argumenta comúnmente que –sin una decidida acción regulatoria– algunos mercados no podrían funcionar adecuadamente. Rara vez, sin embargo, se ofrece evidencia que demuestre categóricamente que la regulación es imprescindible. Considérese, por ejemplo, el siguiente párrafo: “Esperamos que el próximo año, no sea un año de inacción sino que se incentive la inversión privada en las telecomunicaciones y la competencia mediante la dación oportuna de una serie de regulaciones pendientes y que vienen siendo reclamadas desde el año pasado, tales como: (i) el cargo de terminación en red móvil único y

orientado a costos; (ii) la portabilidad numérica; (iii) la reglamentación de la ley de compartición de infraestructura; (iv) la reducción del cargo por transporte; (v) la reducción de los costos de los enlaces de interconexión; y (vi) la regulación de los cargos de terminación en red fija por ocupación de red”<sup>8</sup>.

La ausencia de una teoría sólida que justifique verdaderamente la intervención estatal y que coloque el centro del debate en algo más que la protección de ciertos sectores (los consumidores o los competidores) ha abonado un campo particularmente peligroso, en el que la validez de cualquier discurso en contra de los excesos de la regulación económica parece haber empezado a diluirse. Si en una economía social de mercado la regulación sólo puede concebirse como un sucedáneo excepcional del funcionamiento libre de los mercados, interesa especialmente que seamos capaces de identificar, con la mayor claridad posible, los extraordinarios supuestos en que, siguiendo el postulado de Coase, la regulación está en capacidad de generar mejores resultados que el mercado.

## 2. BUENA, MALA Y FEA REGULACIÓN

Con ocasión de su visita al Perú en setiembre de 2003, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) solicitó a Richard Epstein, distinguido profesor de la Universidad de Chicago, que pronunciara una conferencia sobre las buenas y malas formas de regulación. La exposición del profesor Epstein, condensada en poco menos de treinta minutos de charla, se ocupó finalmente de lo bueno, lo difícil y lo horrible en materia regulatoria<sup>9</sup>. El hilo conductor de las ideas que Epstein sometió a consideración del auditorio en aquella ocasión es relativamente sencillo: para dilucidar si una medida regulatoria es adecuada o no sólo basta con preguntarse si ésta podría producir una mejora social o, para ponerlo en términos de Kaldor-Hicks<sup>10</sup>, si es que la regulación propuesta podría generar mayor beneficio agregado que perjuicio agregado.

Es evidente que la indagación nunca puede formularse en abstracto. Epstein partía de un mundo de reglas sencillas, en el que sólo existieran normas que obligaran

<sup>7</sup> Nos referimos al Proyecto de Ley 13279/2004-CR, que propone una ley complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios públicos de telefonía fija y tarjetas prepago.

<sup>8</sup> ALJOVIN, Cayetana. “Lo que nos dejó y nos traerá el sector telecomunicaciones”. En: *Enfoque Derecho* 32. Informativo de actualidad jurídica editado por THEMIS. Diciembre, 2004. p. 9.

<sup>9</sup> Una traducción de las palabras de Epstein, todavía sujeta a revisión, puede encontrarse en [http://www.upc.edu.pe/bolson/0/0/252/1242/2317/Edicion\\_Seminario\\_Reglas\\_Simples\\_Parte\\_II.pdf](http://www.upc.edu.pe/bolson/0/0/252/1242/2317/Edicion_Seminario_Reglas_Simples_Parte_II.pdf) bajo el título de “Buena y mala regulación”.

<sup>10</sup> El criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, también conocido como criterio potencial de Pareto, considera que una decisión es eficiente si es que origina cambios en los que los ganadores ganan más de lo que pierden los perdedores. Como explican Cooter y Ulen, “Si se satisface esta condición, los ganadores pueden, en principio, compensar a los perdedores y quedarse todavía con un excedente. Para una mejora potencial en términos de Pareto, no tiene que hacerse efectivamente la compensación, pero ella debe ser posible en principio. En esencia, ésta es la técnica del análisis costo-beneficio”. COOTER, Robert y Thomas ULEN. “Derecho y Economía”. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 66.

el cumplimiento de contratos libremente concertados y sancionaran el uso privado de la fuerza contra las personas o su patrimonio. Tales normas constituyen, por principio general, buena regulación: el mercado – la abstracción que se construye con el conjunto de transacciones que los privados negocian– no puede existir en un mundo sin algún tipo de organización jurídica. Para que opere se requiere cuando menos que se reconozca la titularidad de un individuo sobre cierto recurso (el que se transa) y que se establezcan incentivos para la ejecución de las prestaciones comprometidas en las transacciones. De lo que se trata, sobre esta base regulatoria mínima, es de establecer si lo que nos proponemos añadir a las reglas básicas es susceptible de originar una mejora adicional del bienestar social.

La teoría microeconómica clásica constituye un buen punto de partida para confirmar la validez del parecer defendido por Epstein sobre la buena regulación. De acuerdo con ella, el equilibrio producido por un mercado perfectamente competitivo –también llamado “de competencia pura”– es el más eficiente posible<sup>11</sup>. La competencia perfecta (una abstracción construida por los economistas) requiere la concurrencia de una serie de supuestos que muy difícilmente podrían presentarse en la realidad: pluralidad de proveedores y consumidores, información perfecta, costos de transacción nulos y homogeneidad del producto transado. En estas condiciones, las empresas se encuentran en imposibilidad de competir en términos de calidad (recuérdese que todos los recursos disponibles son, por definición, exactamente iguales), por lo que la competencia se concentra exclusivamente en el precio. La presión competitiva origina reducciones graduales en los precios hasta hacerlos iguales al costo marginal de producción de la industria. Ningún proveedor está dispuesto a vender por debajo de ese precio (porque ello originaría una pérdida en términos económicos) y, como quiera que, por suposición del modelo, ningún participante en el mercado cuenta con suficiente influencia para incrementar los precios, las empresas son meras “tomadoras de precios”.

¿Qué beneficios puede generar para la sociedad un

mercado perfectamente competitivo? Para los propósitos de este artículo interesa destacar especialmente tres.

- a) En primer lugar, los precios que produce la competencia pura son los más bajos posibles (son iguales al costo<sup>12</sup>). Téngase en cuenta que la sociedad no puede beneficiarse con la venta de un producto por debajo de su costo de producción, en la medida que ello supondría obligar a alguien (el proveedor) a perder más de lo que puede ganar otro (el consumidor) con la transacción. La venta forzada por debajo del costo económico<sup>13</sup> es una medida regulatoria que no es susceptible de mejorar el bienestar social y, siendo ello así, no debería existir dificultad alguna para objetarla<sup>14</sup>.
- b) En segundo término, como quiera que todos los que valoran el bien en más que su costo de producción están en capacidad de adquirirlo, el número de unidades producidas en el mercado es el más alto posible. No puede producirse más bienes dado que ello exigiría que algunos se colocaran en el mercado por debajo de su costo, lo que produciría ineficiencias que reducirían el bienestar social.
- c) Los mercados perfectamente competitivos, por último, alcanzan un equilibrio de maximización de la producción y minimización de los precios al costo más bajo posible. No se requiere establecer una agencia regulatoria especializada para definir el precio en situaciones de competencia: éste es el resultado de la interacción descentralizada de proveedores y consumidores, cuyas transacciones moldean –como si se tratara de una “mano invisible”, para usar la expresión de Adam Smith– las condiciones de comercialización que prevalecen en un determinado momento. Este es quizá el punto que merece mayor atención. A diferencia de la regulación de precios (que exige la constitución de un cuerpo regulatorio, la inversión de recursos públicos en estudios especializados y está siempre sujeta a enorme incertidumbre) un mercado perfectamente competitivo está en capacidad de

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, FRANK, Robert. “Microeconomía y conducta”. Cuarta edición. Madrid: Mc Graw-Hill. 2001. p. 317.

<sup>12</sup> El costo de producción relevante, en este caso, es el costo marginal de corto plazo, que incluye no sólo el costo de los factores de producción sino también el costo del capital invertido (esto es, la rentabilidad mínima exigida por los accionistas y acreedores para colocar recursos financieros en la actividad económica). Ver, al respecto, COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. Cit. p. 47.

<sup>13</sup> Como explica Posner, el concepto de costo económico hace referencia, en realidad, al mínimo precio que un vendedor racional cobraría por un bien. Ese mínimo es el precio que los recursos empleados en su producción tendrían en su mejor uso alternativo. Desde esa perspectiva, el costo económico es siempre un costo de oportunidad: el beneficio dejado de percibir al emplear un recurso de modo tal que se niega a otro su utilización. POSNER, Richard. “Economic Analysis of Law”. Quinta edición. New York: Aspen. p. 6.

<sup>14</sup> Sin embargo, no es difícil encontrar propuestas formuladas por congresistas en las que se plantea virtualmente eso. Considérese, por ejemplo, el Proyecto de ley 12118/2004-CR, que sugiere establecer “condiciones equitativas en la determinación de los cargos de interconexión en el sector de telefonía móvil” y que –sin embargo– contiene en su fórmula legislativa un artículo que establece que, mientras que los operadores dominantes deberán rembolsar a los demás operadores el íntegro del costo económico incurrido para la provisión de la interconexión (esto es, el 100% de los cargos de interconexión fijados por el organismo regulador), los operadores con menores participación de mercado pagarán sólo una porción del costo en el que el operador dominante incurra. Puede revisarse el proyecto en <http://www.congreso.gob.pe/pley/ejecutivo/12118.pdf>.

generar un resultado que alinea los costos incurridos por los proveedores con la retribución que éstos obtienen sin necesidad de mayor gasto público y sin posibilidad alguna de error. Siendo ello así, la intervención regulatoria en los precios parecería no tener justificación alguna en mercados en los que pueda desarrollarse la competencia.

Es verdad que en el mundo real no existen mercados perfectamente competitivos y que la formación de los precios se produce como efecto de un proceso dinámico que el modelo de competencia pura ignora por completo<sup>15</sup>. No obstante ello, la exacerbación hipotética de las condiciones reales en que se produce la competencia sirve para constatar, con relativa simplicidad, cómo es que podemos beneficiarnos con menores precios y mayor eficiencia social en la medida que se incrementen las presiones competitivas. La alternativa –la intervención regulatoria– es un camino bastante costoso que sólo debería utilizarse (i) cuando existen razones para creer que no es posible que se desarrolle competencia en un determinado mercado; y (ii) cuando el costo de imponer un cierto tipo de regulación –cualquiera que éste sea– fuera menor que el costo de no imponerlo. Al destacar que, de cualquier forma, este tipo de empresa regulatoria supone una tarea “difícil”, Epstein intenta llamar la atención sobre el hecho que –sin perjuicio de las buenas intenciones que orienten el proceder del Estado– la alteración de los equilibrios producidos en los mercados mediante medidas normativas encierra normalmente riesgos que hay que considerar muy especialmente al momento de regular. A este tipo específico de intervención llamaremos en adelante “regulación económica” para distinguirla de las reglas básicas –los Derechos Reales, el Derecho de Contratos y la Responsabilidad Civil Extracontractual– que se establecen, simplemente, para habilitar el funcionamiento del sistema de precios<sup>16</sup>.

La regulación económica –afectada por la dificultad de producir equilibrios artificiales en un contexto de gran incertidumbre– se torna “horrible”, como destaca el mismo Epstein, cuando pretende imponerse sobre mercados competitivos: “Me parece que cuando se eleva o baja los precios ilusoriamente a través de la regulación se origina una gran distorsión social”<sup>17</sup>. Los agentes económicos conocen mejor que el Estado el costo y el valor de los recursos que producen o adquieren en el mercado, según fuera el caso. Siendo ello así, cuando el precio de equilibrio en un mercado competitivo se pretende reducir por vía regulatoria, se producen desajustes en la demanda que luego es difícil controlar: se genera escasez y aparecen mecanismos –no siempre lícitos– dirigidos a reestablecer el equilibrio: acaparamientos, ventas atadas, mercados negros. La historia peruana de finales de los ochenta es pródiga en ejemplos que permiten constatar la validez de este aserto. Distorsiones inversas se generan cuando los precios se pretenden incrementar artificialmente.

### 3. ¿CUÁNDO INTERVENIR EN EL MERCADO?

El debate sobre la conveniencia de la regulación económica en distintos contextos ha ocupado la reflexión de diversos especialistas en las últimas décadas<sup>18</sup>. Ha sido precisamente la investigación académica la que se ha encargado de denunciar las fallas de la regulación y de poner sobre el tapete evidencia incontestable de que los reguladores son también seres humanos imperfectos, sujetos a “captura” por las mismas empresas cuyos beneficios supuestamente deben controlar, proclives a adoptar decisiones sobre la base de razonamientos ajenos a la eficiencia económica y capaces de equivocarse en sus elecciones, sin importar si los guían buenas intenciones o no. Stephen Breyer –nada menos que uno de los magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos

<sup>15</sup> Como indica Armentano: “La mayoría de los economistas estaría de acuerdo en que la competencia pura no es verdaderamente posible. Algunos estarían de acuerdo, quizá reticentemente, que podría no ser siquiera deseable u óptima si pudiera existir (...) Pero pocos economistas han advertido o enfatizado la falla fundamental del modelo puramente competitivo, esto es, que no constituye en modo alguno una verdadera descripción de la competencia. La competencia pura es una condición de equilibrio estática, cuyos mismos supuestos son tales que el proceso competitivo es eliminado por definición. O, para poner el asunto de un modo más condescendiente, **mientras que la competencia pura puede describir el resultado final de una situación competitiva particular, el resultado final no describe el proceso competitivo que produjo ese particular resultado.** La teoría de la competencia pura no es una teoría de la competencia en sí misma”. Énfasis agregado. ARMENTANO, Dominick. “A Critique of Neoclassical and Austrian Monopoly Theory”. En: SPADARO, Louis M. “New Directions in Austrian Economics”. Kansas: Sheed Andrews and McMeel. 1978. pp. 94-110.

<sup>16</sup> Como explica Coloma, la regulación económica comprende manifestaciones directas (como la fijación de precios y el control de las condiciones de provisión de los servicios públicos) y manifestaciones indirectas (entre las que ubica a las normas que prohíben prácticas anticompetitivas y a la legislación antidumping). COLOMA, Germán. “Regulación del poder de mercado”. Texto inédito. Puede consultarse en: HARO SEIJAS, José Juan. “Derecho de la Competencia. Selección de textos”. Volumen I. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005. p. 16.

<sup>17</sup> Epstein. Loc. Cit.

<sup>18</sup> Aunque los orígenes de la discusión contemporánea sobre la materia pueden trazarse, entre otros, hasta el trabajo de Ronald Coase publicado en 1959 sobre la Comisión Federal de Comunicaciones (COASE, Ronald. “The Federal Communications Comisión”. En: J. Law & Econ. 2. p. 1), en el que se postulaba la necesidad de eliminar la intervención estatal en la asignación de recursos sobre el espectro electromagnético y se proponía sustituirla por mecanismos de mercado; también estarían destinados a causar profundo impacto los trabajos de George Stigler sobre la ineficacia de la regulación en el sector eléctrico (STIGLER, George y Claire FRIEDLAND. “What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity”. En: J. Law & Econ. 5. p. 1) y sobre la “teoría de la captura” (STIGLER, George. “The Theory of Economic Regulation”. En: Bell J. Econ. & Mgmt. Sci. 2. p. 3), así como las contribuciones de Richard Posner sobre la necesidad de abandonar por completo la idea de que es el interés público, y no el interés privado, el que justifica la aparición de la regulación económica (POSNER, Richard. “Theories of Economic Regulation”. En: Bell J. Econ. & Mgmt. Sci. 5. p. 335).

de América—relata una anécdota de su vida personal que me parece que puede ilustrar, del modo más objetivo posible, la tremenda dificultad que encierra el proceso regulatorio:

“Una excelente compañía [gasífera sujeta a regulación] llamada Foster Associates creó modelos para calcular lo que debía ser el nivel correcto de sus ganancias. Calcularon hasta dieciocho decimales: el precio ‘correcto’ resultaba algo así como US\$ 28.6035297 por mil pies cúbicos. Paul McAvoy, mi amigo y destacado profesor del MIT, diseñó un modelo que indudablemente era cincuenta veces mejor que el modelo de Foster Associates, y predijo que el precio en un mercado sin regulación sería de alrededor de cincuenta y ocho centavos por mil pies cúbicos. Cuando desregulamos, el precio llegó hasta US\$ 3 por mil pies cúbicos. Le dije: ‘¡Tu modelo era muy bueno! Solamente subestimó en un factor de uno a seis’. Y según él era bueno el modelo, **el problema es que simplemente no se puede tomar en cuenta todo. Lo que uno trata de hacer al regular la tarifa de una industria es imaginar cuál sería ésta en condiciones de libre mercado para un producto en que no existe un mercado libre. No es fácil hacer esa estimación y no importa cuanto tiempo se invierta en ello, el resultado siempre será extremadamente impreciso.** Supongo, entonces, que una subestimación de 1 a 6 es bastante buena”<sup>19</sup>. Énfasis agregado.

Que las estimaciones de los organismos reguladores normalmente discrepen del equilibrio que produciría el funcionamiento libre de los mercados no debe llamar la atención. De hecho, eso es lo que típicamente ocurre debido a factores múltiples como la existencia de distintos modelos regulatorios, diferentes metodologías para la estimación de costos o deficiencias en la información disponible. Es probable que una subestimación de 1 a 6 constituya todavía, dadas esas condiciones, una aproximación lo suficientemente buena para un regulador; pero es innegable que si en el caso que detalla Breyer se hubiera adoptado la propuesta formulada por el profesor del MIT, la empresa regulada habría sido condenada a la subcompensación de sus inversiones. Cuando se percibe que la

intervención del Estado puede generar tan graves distorsiones en el sistema de precios, sólo puede concebirse a la regulación como un mecanismo absolutamente excepcional de intervención en la economía. Como el propio Breyer lo indica: “Si se decide regular, hay que tener certeza, o bastante certeza, de que pese a la imprecisión de los modelos y pese al esfuerzo seguramente tosco de la gente por bajar los precios y mejorar la eficiencia, es mejor regular que dejar funcionar el mercado libre (...) lo importante es no regular presumiendo que se va a obtener un resultado ‘afinado’ (*fine tuned*)”<sup>20</sup>.

Cuando estudiaba la Maestría en la Universidad de Chicago, el profesor Randall Picker me transmitió una frase de aquellas destinadas a quedar para siempre registradas en la memoria. “La regulación llama a más regulación”, decía. En el curso de mi actividad profesional he terminado convencido de que —en toda su simplicidad— la frase condensa una tesis difícilmente rebatible. Una vez que un organismo regulador recibe el encargo de supervisar un determinado sector de la actividad económica, resulta particularmente difícil que abandone la intervención regulatoria o justifique con facilidad su inactividad aun cuando cuente con evidencia de la existencia de un mercado competitivo. Nuestra experiencia reciente proporciona varios ejemplos para confirmar el aserto. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la Superintendencia de Banca y Seguros, que se ha resistido de modo consistente a regular el precio de los seguros y de las comisiones bancarias, sólo para ser llamada al orden por la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores debido al supuesto alto precio de ciertos servicios que se encuentran bajo su ámbito de competencia<sup>21</sup>. Considérese también el mercado de la distribución de gas licuado de petróleo envasado, tremendamente fragmentado, que ha merecido sin embargo una cada vez mayor atención del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía (OSINERG) y en el que se ha orquestado incluso, con el decidido apoyo del propio Congreso de la República, una concertación destinada no a promover mayor competencia sino a conformar un cartel que uniformice (supuestamente a la baja) el nivel general de los precios en el mercado y que neutralice las presiones

<sup>19</sup> BREYER, Stephen. “Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública”. En: Estudios Públicos 78. Otoño de 2000. p. 32.

<sup>20</sup> Ibid. p. 33.

<sup>21</sup> La opinión de Gianfranco Castagnola —publicada en Peru.21 el 6 de junio de 2005— es suficientemente ilustrativa del punto: “Está en debate el tema de las comisiones cobradas por los bancos a sus clientes por diversas transacciones. El BCR ha opinado que debe haber una ‘regulación expost’, según la cual el banco debería sustentar los costos que justifican sus comisiones. Aunque parezca menos burocrática, una regulación expost no deja de ser un control: igual los bancos tendrían que someter sus estudios de costos a la SBS para que ésta decida si las comisiones se justifican o no. Más aun: si la autoridad decide que no se justifica, entonces ordenará la reducción de la comisión, y eso significa control de precios. Las comisiones nos pueden mortificar. Pero si el cobro es adecuadamente informado, entonces no debería haber problema: el cliente puede negociar con el banco o cambiarse a otro más barato. Por ello, hace bien la SBS en trabajar más en la línea de la disponibilidad y claridad de la información, para que el cliente juzgue y decida, que por controles que nos pueden llevar al pasado”.

competitivas<sup>22</sup>. Analícese finalmente el servicio de comunicaciones de larga distancia nacional, abierto a la competencia desde el año 1999 con particular éxito (según reconoce el propio Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, OSIPTEL<sup>23</sup>) y que, sin embargo, viene siendo objeto de una cada vez más exigente intervención regulatoria<sup>24</sup>.

Existe un amplio consenso en el mundo académico e incluso entre los organismos reguladores sobre lo pernicioso que resulta la regulación de los mercados competitivos. Las discrepancias se presentan, sin embargo, cuando se intenta establecer en el mundo real cuánta competencia es necesaria para justificar la remoción de toda regulación económica. No se puede pretender –como lamentablemente han hecho en diversas ocasiones los organismos reguladores– que la desregulación sólo se justifica cuando el mercado haya alcanzado una situación de competencia pura. Si este fuera el estándar aplicable, las industrias sujetas a regulación económica en la actualidad deberían continuar siendo reguladas eternamente: como nos hemos encargado de puntualizar líneas arriba, en el mundo real no existen mercados que satisfagan el modelo teórico de la competencia perfecta. Esto es tanto más cierto en países como el Perú en los que el nivel de inversiones requerido en ciertas actividades en atención al tamaño de la demanda imposibilita de hecho que contemos con un gran número de participantes en los mercados que tradicionalmente caen dentro de la categoría de los “servicios públicos”<sup>25</sup>.

En estas condiciones, no puede exigirse que la participación de los proveedores en el mercado se atome como paso previo para iniciar un proceso de liberalización. Lo que se requiere es identificar simplemente si se presentan los elementos mínimos para el desarrollo natural del proceso competitivo: normalmente, la mera existencia de dos o más competidores. Es posible que los precios y las condiciones de comercialización que resulten como

producto de la pugna competitiva en un mercado recientemente liberalizado no satisfagan en un primer momento las expectativas de corto plazo que algunos sectores puedan tener sobre el nivel de las tarifas o sobre la calidad del servicio, pero es altamente probable que los equilibrios que se originen en un mercado sin trabas artificiales garanticen la viabilidad de los servicios a largo plazo e induzcan la entrada de nuevos y más eficientes proveedores.

La regulación económica sólo se justifica, en definitiva, cuando existe una buena razón para considerar que el desarrollo de un mercado competitivo es absolutamente improbable; no se justifica, en cambio cuando el nivel de las presiones competitivas no se ajusta a lo que el regulador esperaría observar en un entorno de competencia perfecta. Es la certeza de que la intervención es ineluctable la que distingue la buena de la mala regulación (o, si se quiere, la intervención sería de la intervención irresponsable en los mercados); no las buenas intenciones que la inspiren: “No olvides lo que pasa cuando hay un regulador. En vez del mercado impersonal, despiadado, vas a tener una persona que responderá en forma natural. Entonces ten cuidado de sus buenas intenciones (...) Y uno no se debe engañar pensando que se puede diseñar un sistema regulatorio que no esté dirigido por personas, o que esas personas no van a responder. Porque sí lo van a hacer. Van a responder a la situación humana con que se encuentren y así reemplazamos el mercado impersonal por el dictado de un ser humano que puede causar tantas dificultades económicas cuando es simpático como cuando no lo es”<sup>26</sup>.

Diversas teorías se han construido para identificar los contextos en los cuales la competencia no puede desarrollarse. Las más importantes se relacionan con los conceptos de “monopolio natural” y de “instalaciones esenciales”, que han llegado a posicionarse virtualmente como dogmas en los que reposan diversas decisiones adoptadas por organismos

<sup>22</sup> La naturaleza competitiva del mercado de distribución de gas no puede ser discutida. El mercado se reparte entre Solgas (33%), Llama Gas (15%), Zeta Gas (12%), Lima Gas (10%) Costa Gas (4%), Pecsca (3%), y un conjunto bastante relevante de pequeños envasadores.

<sup>23</sup> Considérese, por ejemplo, el siguiente párrafo contenido en un documento de trabajo publicado por OSIPTEL: “En cuanto a las tarifas de larga distancia, se debe recordar que el Programa de Rebalanceo Tarifario –plasmado en el Contrato de Concesión de CPT y ENTEL– contemplaba la reducción de las tarifas de larga distancia con el fin de orientar las tarifas a costos. Así, entre los meses de diciembre de 1994 y 1998 las tarifas reales de LDN se redujeron en 49% y las tarifas de LDI, en 56%. En los tres años siguientes las tarifas se redujeron marginalmente, a pesar del ingreso de nuevos operadores. Sin embargo, con el inicio del Sistema de Llamada por Llamada –que facilita la elección de operadores alternativos– se inició una fase de mayor competencia en precios, por lo que a diciembre de 2003, las tarifas de LDN y LDI representaron alrededor de un tercio de las tarifas establecidas en diciembre de 1994”. OSIPTEL. “Informe 035-2004/GPR”. El texto completo del informe puede consultarse en [http://www.osiptel.gob.pe/osipteldocs/Temporal%20PDF/Compendio%20Estadístico%202003\\_Versión%20Final.pdf](http://www.osiptel.gob.pe/osipteldocs/Temporal%20PDF/Compendio%20Estadístico%202003_Versión%20Final.pdf).

<sup>24</sup> En mayo de 2004, OSIPTEL emitió la Resolución 044-2004-CD/OSIPTEL para exigir la aplicación de pruebas de imputación tarifaria en los servicios de telecomunicaciones. El mercado de larga distancia nacional es el único mercado en el que la prueba se aplica a la fecha. La regulación aprobada establece que Telefónica del Perú –el mayor operador de larga distancia– no puede reducir sus precios por debajo de ciertos pisos calculados por el propio organismo regulador. Esta medida, que coloca en desproporcionada desventaja competitiva a dicha operadora, ha querido sustentarse en la necesidad de evitar prácticas predatorias, como si para ello no existiera un ordenamiento de libre competencia. El riesgo de la intervención es altísimo, sin embargo, porque reduce las presiones competitivas que originaron la reducción de los precios en el mercado y, desde esa perspectiva, resulta inconsistente con el interés de los consumidores.

<sup>25</sup> Sobre la difusa evolución del concepto de “servicio público” puede consultarse ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Principios de Derecho Público Económico”. Lima: Ara Editores. pp. 551-577.

<sup>26</sup> BREYER, Stephen. Op. Cit. p. 35.

reguladores y agencias de competencia. Como intentamos detallar en las líneas que siguen, ninguna de esas teorías cuenta con una base empírica sólida: la mayoría de veces es absolutamente imposible trazar una clara línea divisoria entre los mercados que pueden ser calificados como un monopolio natural y aquellos que no pertenecen a dicho conjunto; lo propio ocurre con la categoría de las “instalaciones esenciales”.

#### 4. ¿EXISTEN LOS MONOPOLIOS NATURALES?

Como explica Posner, se afirma que un mercado constituye un monopolio natural cuando la producción monopólica es la forma más eficiente de organizar una industria<sup>27</sup>. Nótese que la idea no describe necesariamente una situación en la que nunca haya existido competencia. El concepto esconde más bien una predicción económica según la cual, aun si la competencia surgiera en algún momento, no sería posible que alcanzara un equilibrio sostenible en el largo plazo.

El monopolio es inevitable, sostienen los defensores de este punto de vista, cuando los costos fijos requeridos para el establecimiento de un negocio son muy importantes y, al mismo tiempo, resultan suficientes para atender toda la demanda existente en un mercado. Si dichos costos pudieran ser distribuidos entre el número total de unidades demandadas, una sola empresa productora podría alcanzar menores costos medios de producción que dos o más empresas igualmente eficientes, cada una de las cuales –por definición– debería incurrir en costos fijos similares pero se vería obligada a distribuirlos entre un número menor de unidades producidas. En adición, los costos medios continuarían decreciendo en la medida que la producción se fuera expandiendo. Los ejemplos típicos de monopolios naturales que describe la literatura económica comprenden a la transmisión eléctrica y a las redes locales de telefonía fija. En estas actividades, se argumenta, una sola red de transmisión o de telefonía se encuentra, por regla general, en capacidad de atender la demanda de un mercado. El problema de esta formulación, como ha observado inteligentemente Posner<sup>28</sup>, es que si la demanda de un mercado es suficientemente pequeña, virtualmente toda empresa podría considerarse un monopolio natural –la tienda de abarrotes de un pueblo apartado, por ejemplo– porque todo negocio exige inversión en

costos fijos y esta inversión puede dominar si el número de unidades producidas es suficientemente pequeño.

Como explica Thomas J. DiLorenzo, la idea del “monopolio natural” no fue desarrollada por los economistas para explicar un fenómeno cuya existencia hubiera sido comprobada efectivamente en los mercados (la supuesta inexistencia de competencia), sino más bien para fundamentar la necesidad de impedir el ingreso de nuevos competidores en ciertas industrias que, al menos en su origen, eran extremadamente competitivas<sup>29</sup>. La evidencia empírica recabada en los Estados Unidos no permite afirmar que en el momento de la aparición de la regulación económica de los servicios públicos (finales del siglo XIX y principios del siglo XX) existiera algún mercado en el que estuviera gestándose –al menos en línea de tendencia– una estructura monopólica. Todo lo contrario. Burton Behling ha descrito el entorno competitivo que podía observarse en aquella época en ciertos negocios, tradicionalmente sujetos a regulación en nuestros días: “Seis compañías de luz eléctrica fueron organizadas sólo en el año de 1887 en la ciudad de New York. Cuarenta y cinco empresas de luz eléctrica tenían derechos legales para operar en Chicago en 1907. Antes de 1895, Duluth, Minnesota, era atendida por cinco compañías de luz eléctrica, y Scranton, Pennsylvania, tenía cuatro en 1906 (...) Durante la última parte del siglo diecinueve, la competencia era una situación común en la industria del gas en este país. Antes de 1884, seis compañías competidoras estaban operando en la ciudad de Nueva York (...) la competencia era común y especialmente persistente en la industria telefónica (...) Baltimore, Chicago, Cleveland, Columbus, Detroit, Kansas City, Minneapolis, Philadelphia, Pittsburg y St. Louis, entre las ciudades principales, contaban al menos con dos servicios telefónicos en 1905”<sup>30</sup>.

Todo indica que el surgimiento de los grandes monopolios en los servicios públicos en los Estados Unidos estuvo relacionado más con la intervención del Estado que con la validez de la teoría del monopolio natural. Considérese el caso del servicio telefónico<sup>31</sup>: una vez que las patentes originalmente otorgadas a Alexander Graham Bell sobre el teléfono expiraron en 1893, la American Telegraph & Telephone Company (AT&T) tuvo que hacer frente a docenas de nuevos competidores. Para finales de 1894, más de 80 nuevos

<sup>27</sup> POSNER, Richard. Op. Cit. p. 377.

<sup>28</sup> Ibidem. p. 379.

<sup>29</sup> DILORENZO, Thomas J. “The Myth of Natural Monopoly”. En: *The Review of Austrian Economics* 9, 2. pp. 43-58.

<sup>30</sup> BEHLING, Burton. “Competition and Monopoly in Public Utility Industries”. En: DEMSETZ, Harold. “Efficiency, Competition and Policy”. Cambridge: Blackwell. 1989. p. 78.

<sup>31</sup> Para un mayor detalle de la historia de la industria telefónica en los Estados Unidos puede consultarse: THIERER, Adam. “Unnatural Monopoly: Critical Moments in the Development of the Bell System Monopoly”. En: *Cato Journal*. Otoño de 1994. pp. 267-285.

competidores independientes habían capturado ya un 5 por ciento de cuota de mercado a nivel nacional. Al iniciarse el siglo veinte, más de 3,000 compañías telefónicas se habían establecido. En algunos estados podían encontrarse hasta 200 compañías operando simultáneamente. Para 1907, los competidores de AT&T habían capturado ya el 51% del mercado telefónico y los precios estaban reduciéndose agresivamente como producto de la competencia. Nada permite sustentar que las economías de escala u otras barreras de entrada impidieran el acceso o dificultaran el mantenimiento de los competidores en el mercado, lo que resulta contrario al modo en que la teoría del monopolio natural se ha desarrollado en la regulación de las telecomunicaciones. Como indica DiLorenzo<sup>32</sup>:

“La eventual creación del monopolio telefónico fue el resultado de una conspiración entre AT&T y los políticos que pretendían ofrecer ‘servicio telefónico universal’ como una prebenda a favor de sus votantes. Los políticos comenzaron a denunciar la competencia como ‘duplicativa’, ‘destruktiva’ y ‘derrochadora’, y varios economistas fueron contratados [por AT&T] para asistir a audiencias del Congreso en las que declaraban sombríamente que la telefonía era un monopolio natural. ‘No hay nada que pueda ganarse con la competencia en el negocio de la telefonía local’, concluyó una audiencia del Congreso.

La cruzada para crear una industria monopólica de telefonía mediante concesión gubernamental alcanzó éxito cuando el gobierno federal usó la Primera Guerra Mundial como una excusa para nacionalizar la industria en 1918. AT&T todavía operaba su sistema telefónico, pero era controlada por una comisión federal encabezada por el Jefe General de Correos. Como en otros muchos casos de regulación gubernamental, AT&T ‘capturó’ rápidamente a los reguladores y usó el aparato regulatorio para eliminar a sus competidores. ‘Para 1925 virtualmente todos los estados no sólo habían establecido estrictos lineamientos de regulación tarifaria, sino que además la competencia en la telefonía local era desincentivada o explícitamente prohibida en muchas de esas jurisdicciones’ ”.

La completa desaparición de la competencia en la industria de la telefonía, ha concluido Thierer, no fue producida por la supuesta existencia de un “monopolio natural” sino por la confluencia de las siguientes fuerzas: políticas de licenciamiento exclusivo; monopolios protegidos para los portadores

dominantes; ingresos garantizados para las empresas sujetas a regulación; una política de acceso universal impuesta desde el Estado que exigía un único proveedor del servicio y una regulación tarifaria diseñada para dar cumplimiento al objetivo mismo del “servicio universal”<sup>33</sup>. La dudosa profecía de la desaparición de la competencia se convirtió en una realidad con la intervención del Estado. DiLorenzo sostiene enfáticamente que la más grande mentira que han podido construir ciertos economistas es la afirmación de que la libre competencia fue la fuente del monopolio telefónico que se instauró en los Estados Unidos a principios del siglo veinte: “El libre mercado jamás ‘falló’; fue el gobierno el que no permitió la libre competencia en el mercado al tiempo que construía un esquema corporativista para el beneficio de las compañías telefónicas, a la expensa de los consumidores y de los potenciales competidores”<sup>34</sup>.

En estas condiciones, no debe sorprender que, a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, algunos empresarios consiguieran que las más disímiles industrias recibieran protección contra la competencia a través de concesiones exclusivas, bajo la teoría de que dichas industrias constituían “monopolios naturales”. El caso más curioso del que he tenido noticia aparece recogido en la decisión expedida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el proceso seguido por New State Ice Co. con Liebmann<sup>35</sup>. La cuestión en debate tenía que ver con la constitucionalidad de una norma que requería que cualquiera que pretendiera producir y vender hielo obtuviera previamente un certificado de conveniencia y necesidad pública y establecía que la solicitud correspondiente sería denegada si se juzgaba que el servicio existente era adecuado. New State, que tenía el certificado, pretendía impedir que Liebmann (que no lo tenía) ingresara al negocio de producción de hielo en su territorio. Al declarar que la norma era inconstitucional, la mayoría de la Corte afirmó que la industria del hielo no podía ser considerada un monopolio natural o “una empresa dependiente en su naturaleza de la concesión de privilegios públicos”, por lo que cualquier limitación que pretendiera imponerse para el acceso al mercado violaba la libertad contractual. Para ilustrar la confusión imperante en la época, sin embargo, el voto en discordia del magistrado Brandeis, se alineó con la legislatura de Oklahoma que había expedido la norma cuestionada y declaró que la industria del hielo podría ser “una de aquellas que se inclina peculiarmente hacia el monopolio” puesto que

<sup>32</sup> DILORENZO, Thomas J. Op. Cit. p. 57.

<sup>33</sup> THIERER, Op. Cit. p. 277.

<sup>34</sup> DILORENZO, Thomas J. Loc. Cit.

<sup>35</sup> 285 U.S. 262 (1932).

—entre otras razones— “la operación se realiza en plantas locales con un mercado sumamente limitado en área” debido al peso y escasa duración del producto.

La historia de los servicios públicos en el Perú también se encuentra marcada por la concesión de derechos de exclusiva desde el Estado. No existe base histórica para sostener —por ejemplo, en el negocio de las telecomunicaciones— que los monopolios de los que gozaron la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT) y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL-Perú), privatizadas en 1994, estuvieran justificados en una tendencia natural hacia la concentración del mercado<sup>36</sup>. El primer cableado telegráfico fue instalado entre Lima, Callao y Cerro de Pasco en 1857 sobre la base de la concesión en exclusividad otorgada por el Estado peruano a favor de Augusto Goné. Diez años más tarde, el telégrafo fue declarado de propiedad nacional por incumplimiento de contrato. En setiembre de 1867, Carlos Paz Soldán funda la Compañía Nacional de Telegrafía para hacerse cargo del servicio, la que conserva hasta el año 1878 en que el Estado recupera la titularidad del servicio. En el año 1889, el Gobierno del General Andrés Avelino Cáceres convoca una licitación pública para establecer el servicio telefónico en Lima. La buena pro se adjudica a la casa norteamericana Bacigalupi, que fundaría en ese mismo año la Peruvian Telephone Company (PTC). En 1920 se constituye la CPT y se fusionan sus operaciones con las de la PTC. En 1930, la Internacional Telephone and Telegraph Corporation (ITT), una empresa vinculada a AT&T, adquiere el 60% de las acciones de la CPT y mantiene la provisión del servicio en exclusiva por más de tres décadas. En 1968, el Gobierno militar del General Velasco Alvarado define una política de nacionalización progresiva de las telecomunicaciones, como parte de la cual constituye —en 1969— ENTEL-Perú. En 1972 se produce, finalmente, la expropiación de las acciones de la CPT. No sería sino hasta 1991, con la promulgación del Decreto Legislativo 702, que se iniciaría el proceso de liberalización del mercado peruano de las telecomunicaciones. Durante sus más de cien años de historia, nunca había estado abierto a la competencia. Al igual que en el caso estadounidense, había sido el propio Estado el que había desalentado el desarrollo de un mercado libre; no la supuesta existencia de un monopolio natural.

La evidencia histórica respalda la tesis de que la teoría del monopolio natural es una ficción económica. El concepto, surgido a finales del siglo XIX y principios

del siglo XX, sirvió en un primer momento, antes que para describir la realidad económica, para impulsar los pedidos formulados por ciertos empresarios para impedir el libre acceso a los mercados y obtener monopolios legalmente establecidos. La elaboración económica sobre el concepto que pervive hasta nuestros días parece tener su origen en una racionalización realizada *ex post* para justificar el poder monopólico reconocido por el Estado.

La concesión de monopolios legales y la regulación que impedía el acceso a los mercados concedidos originó casi inmediatamente, como era de esperarse, un problema derivado: carentes de presiones competitivas, los nuevos monopolistas tenían todo incentivo para establecer precios muy superiores a los que podrían regir en mercados competitivos. En lugar de que este efecto condujera al reconocimiento del error cometido y a la desregulación de las industrias monopolizadas, algunos estados respondieron —este es el caso del Perú, pero también de la mayor parte de países latinoamericanos y europeos— con la nacionalización de los denominados servicios públicos, cuya provisión en exclusiva mantuvieron hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX; en los Estados Unidos (pero también en Canadá) se implantó, por su parte, una estricta regulación tarifaria sobre los proveedores privados. El libre juego de los mercados había desaparecido por completo, sin que existiera una razón válida para ello.

Es verdad que a partir de los años setenta los controles de acceso a los mercados han venido relajándose<sup>37</sup>, pero la teoría del monopolio natural está lejos de ser erradicada. En un entorno de liberalización progresiva de los mercados, que ha propulsado enormes avances tecnológicos y ha terminado de echar por tierra la concepción de que no es posible la competencia en el mercado de las telecomunicaciones (piénsese en la telefonía móvil y la larga distancia, por citar dos claros ejemplos) o en la distribución de electricidad (ahí está el caso de la “generación distribuida”), el monopolio natural constituye todavía la piedra sobre la que se asienta la regulación tarifaria de los operadores dominantes, al menos en ciertos sectores.

En el negocio de la telefonía, son ahora los operadores entrantes, ya no los establecidos, los que echan mano de la idea para sostener que no es posible duplicar ciertas instalaciones (por ejemplo, el par de cobre que conecta el teléfono del abonado con las centrales telefónicas) y para exigir que el

<sup>36</sup> Para mayores detalles sobre la historia de las telecomunicaciones en el Perú recomendamos visitar <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=P&P=2651>.

<sup>37</sup> Puede consultarse, por todos, el libro de BREYER, Stephen. “Regulation and Its Reform”. Cambridge: Harvard University Press. 1982; y, en particular, el capítulo 8 de la obra (Alternatives to Classical Regulation) que discurre sobre los métodos a los que puede echarse mano cuando se levantan los controles regulatorios.

Estado intervenga para disponer que dichas instalaciones sean puestas a su disposición con el alegado propósito de favorecer la competencia. El problema es que, cuando se reconoce la calidad de monopolio natural ya no a todo el servicio sino a ciertos segmentos de la red (supuestamente aquellos que no pueden duplicarse), se eliminan por completo los incentivos para que los operadores entrantes construyan sus propias instalaciones: ¿para qué desplegar redes paralelas a las de los operadores establecidos si es que puede accederse a ellas a través de mandatos normativos? ¿Cuál sería el propósito de construir infraestructura propia cuando ello podría poner en evidencia, una vez más, la invalidez de la idea del “monopolio natural” o, lo que es peor todavía, forzar a quien ha realizado una nueva inversión a ponerla a disposición de sus competidores?

##### 5. SOBRE LOS EXCESOS DE LA DOCTRINA DE LAS “INSTALACIONES ESENCIALES”

La doctrina de las instalaciones o recursos esenciales tiene estrecha vinculación con el concepto de monopolio natural. Su origen se remonta al famoso caso seguido por los Estados Unidos con Terminal Railroad Association of St. Louis (Terminal)<sup>38</sup> que fuera resuelto por la Corte Suprema del país del norte en 1912. El tráfico ferroviario entre el este y el oeste de la ciudad de St. Louis exigía la construcción de un puente que atravesara el Río Mississippi. Algunas de las empresas que concurrían en el mercado de los ferrocarriles constituyeron Terminal para adquirir, desarrollar y poner a disposición de los fundadores puentes y terminales que facilitarían el tráfico ferroviario sobre el río. El gobierno solicitó la disolución de la empresa sobre la base de alegadas contravenciones a la Ley Sherman<sup>39</sup> y requirió a los tribunales que ordenaran la transferencia de la propiedad sobre las instalaciones a favor de una empresa que no estuviera verticalmente integrada con compañías ferroviarias. La Corte Suprema estuvo de acuerdo con la teoría defendida por el gobierno –esto es, que las instalaciones en cuestión constituían un monopolio natural que no podía ser duplicado– pero, en lugar del remedio propuesto por el demandante, se limitó a disponer que las

instalaciones fueran compartidas con otras empresas bajo condiciones razonables y no discriminatorias.

Algunas diferencias con la teoría del monopolio natural deben ser puntualizadas. La más evidente de ellas es que la idea de los recursos esenciales no fue formulada por una autoridad política o regulatoria con el propósito de justificar intervenciones normativas en los mercados, sino que germinó y se desarrolló en contextos jurisdiccionales, como producto de la aplicación de las normas de libre competencia. La segunda tiene que ver con el tipo de remedio al que ha aparecido tradicionalmente vinculada: mientras que las autoridades regulatorias cuentan con mayor capacidad y experiencia para establecer regulaciones tarifarias que aseguren el estricto respeto del derecho de acceso a una instalación esencial, las cortes –conscientes de su incapacidad para llevar adelante una intervención intensiva en los mercados– se han inclinado tradicionalmente por imponer obligaciones de acceso “en términos no discriminatorios”. La tercera diferencia tiene que ver con la extensión misma del concepto: se habla de un monopolio natural para referirse comúnmente a aquellos mercados en los que un solo proveedor puede atender más eficientemente la demanda por el producto final; la noción de instalaciones esenciales se utiliza más bien para referirse a infraestructuras o servicios intermedios que requieren normalmente los competidores del titular de tales recursos para poder concurrir en el mercado del producto final y, siendo ello así, no debe extrañar que la doctrina aparezca usualmente convocada en denuncias por negativa injustificada a contratar.

La paulatina aceptación del concepto a nivel global ha generado una oleada de demandas en las que los competidores entrantes solicitan, cada vez con mayor éxito, que se les autorice la utilización, a tarifas reguladas, de recursos desarrollados por las empresas establecidas. El crecimiento de la influencia de este movimiento ha conducido a la imposición de obligaciones de acceso abierto (*open access*) en una serie de sectores de la actividad económica<sup>40</sup>, lo que – a la par de afectar la estructura misma de los derechos de propiedad– ha minimizado los incentivos para la

<sup>38</sup> 224 U.S. 383, 32 S.Ct. 507, 56 L.Ed. 810.

<sup>39</sup> La Ley Sherman o Sherman Act, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1890, constituye el primer cuerpo normativo de relevancia internacional que estableció un ordenamiento de libre competencia. La sección 1 de la Ley sanciona los carteles o conspiraciones que restringen el comercio. La sección 2 condena la monopolización o el intento de monopolización del mercado.

<sup>40</sup> Para un análisis del fenómeno, consúltese THIERER, Adam y Clyde Wayne Jr. CREWS. “What’s yours is mine: Open Access and the Rise of Infrastructure Socialism”. Washington: Cato Institute. 2003. El libro explica cómo, aunque los defensores de la idea sostengan que la imposición de obligaciones de acceso abierto es procompetitiva, la realidad contradice el aserto. Las políticas de acceso abierto exigen mayor intervención regulatoria (para empezar, controles de precios y de calidad que las hagan efectivas), conducen a un incremento en la litigiosidad y afectan la innovación. La genuina competencia requiere que las empresas puedan explotar en exclusiva los recursos que desarrollan, porque –de otro modo– desaparecen los incentivos para mejorarlos.

construcción de nuevas redes y el mejoramiento de las existentes<sup>41</sup>. La alegación implícita es que, de no facilitarse el acceso, se producirá un daño irreparable al proceso competitivo. Este es el tipo de argumentos que dan sustento al proceso seguido por Ambev Perú con Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI<sup>42</sup>. Durante los últimos dos años, Ambev Perú ha pugnado infructuosamente por convencer a nuestras autoridades de competencia de que el sistema de intercambiabilidad de botellas desarrollado por las empresas cerveceras establecidas en el Perú antes que la demandante constituye un elemento sin el cual su entrada al mercado no es posible. El hecho mismo de que la denunciante haya iniciado la comercialización de cerveza sin que se le haya reconocido el derecho a participar de dicho sistema de intercambiabilidad (si acaso éste existe) da cuenta de las dificultades que encierra la solución de la disputa: ¿cuáles son, en definitiva, los límites de la doctrina de las instalaciones esenciales? ¿Hasta qué punto una empresa puede ser forzada a poner a disposición de sus competidores recursos en los que muy probablemente ha realizado cuantiosas inversiones?

Como señalan Sullivan y Grimes, "Compeler a un monopolista a otorgar acceso a una instalación que el monopolista ha desarrollado por sí solo es problemático. La idea en sí misma colisiona con tres proposiciones elementales: que ni siquiera los monopolistas están obligados a asistir a sus competidores; que la innovación debe ser incentivada y premiada; y que el Derecho no puede castigar a aquellos a los que la competencia ha motivado por el simple hecho de que ellos finalmente hayan prevalecido"<sup>43</sup>. Es verdad que denegar el acceso puede limitar las oportunidades de los rivales, pero es imposible que el acceso se conceda sin lesionar al mismo tiempo los incentivos para el despliegue de infraestructuras propias por los nuevos entrantes, así como para el desarrollo de nuevas tecnologías y métodos que permitan sustituir de un modo eficiente el recurso al que no se puede acceder.

Debido a los riesgos que la doctrina encierra, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha seguido una aproximación más bien cautelosa al aplicarla en los últimos años. Resulta contraproducente que, en un país

como el nuestro, en el que los incentivos para la innovación y para la realización de nuevas inversiones son todavía más necesarios, se haya optado por un camino inverso.

Como ejemplo de esta línea de tendencia puede traerse a colación el procedimiento seguido por Aerocontinente con Banco de Crédito del Perú<sup>44</sup>, en el que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI declaró que hasta una cuenta corriente bancaria podía ser considerada un recurso esencial. Sobre la base de su experiencia previa con Aerocontinente (AC), el Banco de Crédito del Perú (BCP) se había negado a habilitar a favor de la denunciante una cuenta corriente en la que dicha empresa pudiera acreditar los ingresos que obtenía por la venta de pasajes que realizaba en Puerto Maldonado. AC sostenía que la cuenta corriente era indispensable para sus operaciones comerciales, en la medida que en Puerto Maldonado el BCP era el único banco privado establecido. El BCP aseveró no sólo que contaba con razones más que suficientes para negarse a atender la solicitud, sino además que su negativa no podía tener ningún propósito o efecto anticompetitivo toda vez que la denunciante podía perfectamente usar los servicios del Banco de la Nación (BN) para la transferencia de los ingresos a la ciudad de Lima. Al fallar a favor de la denunciante, la Sala consideró que si bien era cierto que el BN ofrecía servicios de transferencia de dinero, las cuentas corrientes tenían características adicionales que no podían ser sustituidas por productos financieros alternativos.

Otro caso particularmente interesante, en el que la autoridad de competencia no recurrió de modo expreso a la doctrina de los recursos esenciales pero en el que la discusión estuvo presente durante la tramitación de la causa, es el proceso seguido por Telecable con Telefónica del Perú, Telefónica Multimedia (TM), Fox y Turner<sup>45</sup>. Telecable acusó a TM de haber infringido la Ley de Libre Competencia al suscribir contratos que le permitían transmitir en exclusiva un conjunto de ocho señales, producidas por Fox y Turner, que gozaban de alta preferencia entre los consumidores. TM señaló, por su parte, que la exclusividad había sido otorgada por las empresas productoras para inducir a TM a invertir en el posicionamiento de dichas señales en el mercado en un contexto en el que Telecable había

<sup>41</sup> Esto es tan claro que la propia Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos (uno de los principales promotores del acceso abierto a nivel internacional) se vio obligada a levantar en el año 2003 las obligaciones de compartición de elementos de red que recaían sobre las conexiones domiciliarias de banda ancha, a fin de incentivar las inversiones en arquitecturas avanzadas y en el tendido de fibra óptica. Véase, al respecto: Report and Order and Order on Remand and Further Notice of Proposed Rulemaking, In the Matter of Review of the Section 251 Unbundling Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers, CC Docket 01-338.

<sup>42</sup> Expediente 001-2004/CLC.

<sup>43</sup> SULLIVAN, Lawrence y Warren GRIMES. "The Law of Antitrust: An Integrated Handbook". St. Paul: West Group. 2000. p. 112.

<sup>44</sup> Resolución 0870-2002/TDC-INDECOPI.

<sup>45</sup> Resolución 062-CCO-2000.

empezado a incumplir con los pagos comprometidos frente a Fox y a Turner. El Cuerpo Colegiado Ordinario (CCO) de OSIPTEL, órgano encargado de la resolución en primera instancia de los conflictos sobre libre competencia originados en el mercado de las telecomunicaciones, emitió una decisión dividida. El fallo de la mayoría, suscrito por tres de los cinco miembros del CCO, declaró fundada la denuncia y estableció que si bien la exclusividad sobre una única señal no era susceptible de generar significativas barreras de acceso al mercado “salvo que dicha señal sea imprescindible para la provisión del servicio”, el efecto de la exclusividad sobre un conjunto mayor de canales sí puede lesionar el proceso competitivo. El voto en discordia de dos de los cinco miembros del CCO se sustentaba en el hecho demostrado de que las preferencias de los consumidores varían en el tiempo, por lo que la posesión en exclusiva de un canal o de un programa no puede concebirse nunca como un recurso imprescindible, sino más bien como un catalizador que obliga a los competidores a generar oferta propia o a adquirir otras señales con las que hacer frente a las exclusividades. En opinión que compartimos, la minoría parecería reconocer que, al fomentar la diferenciación de las parrillas de programación de cada operador de cable, las exclusividades pueden exacerbar la competencia antes que reducirla<sup>46</sup>.

El delicado balance que las autoridades de competencia y las cortes especializadas deben construir para definir cuándo las firmas entrantes tienen derecho a acceder a un recurso producido por las empresas dominantes obliga a precisar las condiciones que deben cumplirse para considerarlo “esencial”. De acuerdo con los “Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones” (aprobados mediante Resolución 003-2000-CD/OSIPTEL), “un recurso esencial se define como aquél servicio o infraestructura que: (i) es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores, y (ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico”. La validez de esta formulación –coincidente con la recogida por la Organización Mundial de Comercio– se encuentra sujeta a intenso debate en el entorno académico. Sullivan, por ejemplo, propone que se analicen otros elementos: (i) si la instalación esencial produce una ventaja de precio o de calidad tan grande para sus

titulares como para amenazar la viabilidad misma de los competidores excluidos; y (ii) si la desaparición del mercado de las firmas excluidas podría transformar una estructura competitiva de mercado en una estructura oligopolística o monopolística<sup>47</sup>. En el caso seguido por MCI Communications Corp. con AT&T<sup>48</sup>, quizá la decisión que mejor desarrolla los requisitos mínimos que deben cumplirse en este tipo de casos, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos hizo referencia a cuatro elementos configuradores: (i) el control de una instalación esencial por un monopolista; (ii) la imposibilidad práctica de que el competidor duplique en términos razonables la instalación esencial; (iii) la negativa al uso de dicha instalación formulada por el monopolista; y (iv) la posibilidad de compartir la instalación.

En un contexto de gran incertidumbre teórica, Hovenkamp ha destacado que la doctrina de las instalaciones esenciales “es una de las más problemáticas, incoherentes y difícilmente manejables” de aquellas en las que puede apoyarse la responsabilidad bajo la ley de libre competencia<sup>49</sup>. Las definiciones que se ofrecen normalmente, a juicio del mismo autor, dejan sin respuesta numerosas preguntas. Entre ellas, nos interesa destacar dos: (i) ¿cuándo puede considerarse que un recurso no es técnica y económicamente replicable en términos razonables por un competidor?; y (ii) ¿se encuentra obligado el titular del recurso esencial a compartirlo con cualquier solicitante o sólo debe ponerlo a disposición de aquellas empresas con las que concurre en el mercado?

La primera de las preguntas es quizá la de más difícil respuesta. Más allá de los enunciados retóricos, no existe base económica que permita trazar una clara línea divisoria entre la replicabilidad y la irreplicabilidad de un recurso. ¿Por qué Ambev puede construir sus propias fábricas embotelladoras (no obstante la enorme inversión que ello supone) y no está en capacidad –según sostiene– de establecer su propio sistema de intercambiabilidad de botellas? ¿Cómo explicar, tal cual hemos podido observar líneas arriba, que un solo canal difícilmente pueda constituir un recurso esencial y que ocho canales en conjunto sí lo sean? ¿Cuál es el nivel de costos a partir del cual se abre, en definitiva, el espacio de la irreplicabilidad? Una simple revisión de nuestra propia jurisprudencia administrativa contribuye, si acaso, a incrementar la confusión. En el proceso seguido por Bellsouth Perú S.A. (BSP) con Telefónica

<sup>46</sup> Para un mayor detalle sobre el caso puede consultarse: FERNÁNDEZ-BACA, Jorge y Jennifer WAKEHAM. “Contratos de exclusividad en el mercado de televisión por cable: el caso Telecable contra Cable Mágico”. En: FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. “Experiencia de Regulación en el Perú”. Lima: Universidad del Pacífico. 2004. pp. 191-250.

<sup>47</sup> SULLIVAN, Lawrence y Warren GRIMES. Op. Cit. p. 251.

<sup>48</sup> 708 F.2d. 1081.

<sup>49</sup> HOVENKAMP, Herbert. “Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice”. St. Paul: West Group. 1999. p. 305.

Móviles S.A.C. (TM)<sup>50</sup> por presunta negativa injustificada a facilitar el servicio de *roaming* automático nacional, el CCO falló a favor de TM y sostuvo que BSP estaba en perfecta capacidad de instalar sus propias redes móviles en provincias. La conclusión del CCO, que compartimos absolutamente, pretendía mantener los incentivos para que los operadores móviles entrantes (TIM, Nextel y BSP) continuaran expandiendo sus redes de modo que el proceso competitivo se fortaleciera. No resulta claro, sin embargo, qué es lo que pudo llevar al CCO en este caso a sostener que el recurso era siempre replicable cuando otros CCOs venían afirmando al mismo tiempo que los operadores de cable no podían duplicar con facilidad las redes de postes o ductos tendidas por los proveedores de telefonía o de electricidad y sostenían, debido a dicha supuesta irreplicabilidad, que tales proveedores estaban obligados a poner su infraestructura a disposición de cualquier interesado en términos razonables y no discriminatorios<sup>51</sup>. Al menos desde nuestro punto de vista, reconciliar ambas decisiones es una tarea poco menos que imposible: ¿cómo puede sostenerse, sin mayor evidencia económica sobre los costos involucrados y la demanda del mercado, que una red de telefonía móvil sí es replicable en localidades alejadas mientras que una red de postes no lo es en zonas con un gran número de clientes potenciales?

La segunda pregunta tiene que ver con la formulación misma del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 –que exige para la configuración del abuso de posición de dominio que la empresa dominante cause perjuicios y obtenga beneficios que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio<sup>52</sup>– y está estrechamente relacionada con los casos de postes a los que hemos hecho referencia en el párrafo precedente, la mayor parte de los cuales se han tramitado contra empresas de distribución eléctrica. La intervención del Derecho de Competencia –con la consecuente restricción de la propiedad y la libertad de contratar que puede suponer– sólo puede habilitarse

cuando las conductas denunciadas sean susceptibles de afectar el proceso competitivo. Esto difícilmente puede ocurrir cuando una empresa que no concurre con otra en el mercado niega a ésta el acceso a un recurso. ¿Qué propósito anticompetitivo podría tener una compañía de distribución de energía eléctrica para negarse a facilitar puntos de apoyo en sus postes a un operador de cable? ¿Qué beneficio podría obtener de excluir a dicho operador del mercado en lugar de incrementar sus ingresos con la celebración de un contrato de arrendamiento? En circunstancias en las que no se presenta conflicto competitivo no existen razones para pensar que el acceso a la infraestructura no pueda lograrse mediante la negociación privada. Y, si ésta es posible, la mejor respuesta que puede ofrecer el ordenamiento jurídico es abstenerse de intervenir.

## 6. ABRIENDO NUEVAS VENTANAS: LA RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE “NEGATIVA ARBITRARIA”

Consciente de que, bajo el artículo 5 del Decreto Legislativo 701, sólo es posible sancionar las negativas injustificadas a contratar que puedan reportar beneficios al operador dominante, los órganos de solución de controversias de OSIPTEL han afirmado en diversas resoluciones que las negativas que no tienen propósito anticompetitivo pueden ser sancionadas de cualquier manera bajo el artículo 3 del mismo cuerpo normativo<sup>53</sup> –con el *nomen* de “negativas arbitrarias”– cuando el denunciado, no obstante no concurrir en el mercado con el denunciante, no sea capaz de proponer una justificación objetivamente demostrable para su negativa.

En el caso seguido por Pedro Juan Laca Buendía con Electronorte<sup>54</sup>, por ejemplo, el CCO reconoció expresamente que no existía relación de competencia de especie alguna: “... la empresa demandada no es competidora del Sr. Laca ni existen pruebas de que se encuentre vinculada a un competidor del demandante.

<sup>50</sup> Resolución 038-2001-CCO/OSIPTEL.

<sup>51</sup> Ver, por todas, la Resolución 039-2003-CCO/OSIPTEL, emitida en el proceso seguido por Empresa de Telecomunicaciones Alfa E.I.R.L. (Alfate) con Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica). Si bien en dicho proceso el CCO se abstuvo de considerar que los postes constituyen una instalación esencial *stricto sensu*, concluyó de cualquier modo que su sustitución por la empresa cableera era virtualmente impracticable. En palabras del CCO: “En cuanto a los plazos y costos relacionados con la instalación de postes propios, el Cuerpo Colegiado considera que la misma no sería viable al menos en el corto plazo, pues los estudios técnicos que deban elaborarse, las licencias que deben obtenerse, la negociación de los contratos de adquisición de los postes y la instalación misma de la infraestructura pueden implicar plazos relativamente prolongados. **Asimismo, la instalación de postes propios resulta más costosa para un operador entrante que el arrendamiento de la infraestructura de postes de una tercera empresa que ya los tenga instalados** (...) lo relevante a efectos del análisis de sustitución es determinar si existen hechos que limitan dicha sustitución en un plazo razonable, **dado que ello podría hacer que la sustitución no fuera posible en lo económico**. En tal sentido, dadas las características de la instalación de una red de postes, los factores antes señalados limitarían la posibilidad de que ALFATEL instale postes propios en lo inmediato, lo que no significa que se trate de una opción imposible, sino que dicha alternativa no podría darse en el corto plazo y que ello limita el nivel de sustitución del servicio en cuestión”. Énfasis agregado.

<sup>52</sup> La norma señala textualmente lo siguiente: “Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, **con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio**”. Énfasis agregado.

<sup>53</sup> El texto del artículo 3 es el siguiente: “Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”.

<sup>54</sup> Resolución 041-2002-CCO/OSIPTEL.

Más aun, ni siquiera existen indicios de que la demandada tenga algún interés por incursionar en el mercado del Sr. Laca. En consecuencia, mal podría sostenerse que ELECTRONORTE tenga incentivos anticompetitivos para negar el alquiler de postes al demandante". No obstante la inexistencia de propósito anticompetitivo, el CCO coincidió con su Secretaría Técnica en que, al menos en teoría (la denuncia fue declarada infundada), sería posible imponer a una compañía eléctrica la obligación de compartir sus postes con operadores de telecomunicaciones.

Eduardo Quintana ha defendido la línea argumental seguida por los órganos de solución de controversias de OSIPTEL con el argumento de que, "si bien las negativas arbitrarias no generan un beneficio para quien se niega a contratar, en algunos casos pueden ocasionar efectos restrictivos de la competencia sin necesidad de que esa haya sido la intención de la empresa dominante"<sup>55</sup>. A pesar de que intuyo las buenas intenciones que llevan a Eduardo a mostrarse a favor de la compartición mandatoria de postes u otro tipo de infraestructuras ya desplegadas (se trata, probablemente, de evitar una innecesaria duplicación de instalaciones), no puedo compartir su punto de vista. En primer lugar, me parece sumamente peligroso – como él mismo lo reconoce en el trabajo suyo que he citado líneas arriba– que se construya una tercera categoría de infracciones a la Ley de Libre Competencia, distinta del abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la competencia, puesto que ello podría generar un cajón de sastre que habilite mayores afectaciones a los derechos de propiedad y a la libertad contractual que las que resultan socialmente justificables. En segundo término, no llego a entender qué es lo que impulsa a Eduardo a considerar que – lesionando el derecho de propiedad de los titulares de infraestructura– podrá promoverse mejor el despliegue de redes y fomentarse la aparición de un verdadero mercado de infraestructuras; si acaso, ocurrirá

exactamente lo contrario. Por último, me parece pertinente poner de relieve que, al menos en materia de postes, existen dos grupos de proveedores potenciales (las empresas telefónicas y las empresas eléctricas): si bien puede argumentarse que las empresas telefónicas podrían tener algún interés en impedir el desarrollo de potenciales competidores en el mercado de cable, nada hace suponer que las empresas eléctricas no estén en capacidad de negociar contratos de arrendamiento de infraestructura sin necesidad de intervención estatal. Una vez más, conviene recordar que cuando el mercado puede funcionar, la regulación económica no resulta aconsejable<sup>56</sup>.

Pienso, en definitiva, que la categoría de las negativas arbitrarias y su pretendida sanción bajo el artículo 3 de la Ley de Libre Competencia debe ser desterrada por completo de nuestra práctica administrativa. En circunstancias en que es perfectamente posible que se concluyan arreglos privados, esta sola idea habilita afectaciones impermisibles a la autonomía privada.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL INFIERNO ESTÁ LLENO DE BUENAS INTENCIONES

Vivimos tiempos de inflación regulatoria. En tiempos como éstos, no siempre resulta sencillo refrenar la tentación de solucionar los aparentes problemas de los mercados a través de la intervención normativa o jurisdiccional. Más allá de las buenas intenciones que puedan conducir al incremento de la presión regulatoria en ciertos sectores de la actividad económica, debemos recordar que la regulación económica es siempre un mecanismo imperfecto, susceptible de producir profundas distorsiones en el funcionamiento de la economía. Cuando se usa, debe usarse responsablemente. Y cuando no existe certeza del efecto que la regulación puede producir, es mejor permitir que los mercados se desarrollen libremente.

<sup>55</sup> QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. "Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?". En: *Ius et Veritas* 25, pp. 378-388.

<sup>56</sup> No obstante ello, las decisiones expedidas por OSIPTEL en los casos de postes dieron paso a la aprobación en el año 2004 de la Ley 28295, que dispone –para la prestación de servicios de telecomunicaciones– la compartición obligatoria de la infraestructura de uso público desplegada por empresas eléctricas o telefónicas en el territorio nacional.