

## EL REGRESO DEL JEDI

### (O de la Discrecionalidad en la Aplicación de las Normas de Libre Competencia)

Alfredo Bullard González \*

*“El poder del Jedi fluye de la Fuerza. Pero cuidado con el lado oscuro. Si una vez andas por el lado oscuro, por siempre dominará tu destino, te consumirá. El lado oscuro no es más fuerte, pero más fácil y seductor es”.*

#### Yoda (“El Imperio Contraataca”)

*Sin duda alguna, las últimas Resoluciones emitidas por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI –respecto a procedimientos sobre Libre Competencia- han dado mucho que hablar, tanto positiva como negativamente. Las crónicas periodísticas, los debates académicos y la repercusión en la industria hacen de tales Resoluciones una suerte de fuente de análisis, tanto para periodistas como académicos y empresarios.*

*Precisamente el presente artículo toma tales Resoluciones como fuente de análisis académico y, mediante críticas y comparaciones, concluye que las mismas no se ajustan a las políticas que se han venido adoptando tanto en el Perú como en el resto del mundo.*

\* LLM Yale Law School. Ex Presidente de la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI. Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. El autor desea agradecer la valiosa colaboración de Mario Arturo Valencia Vargas y Alejandro Manayalle Chirinos, sin cuyo concurso no hubiera sido posible elaborar este artículo.

## 1. INTRODUCCIÓN

La ya celebre serie cinematográfica de George Lucas “La Guerra de las Galaxias” gira en todos sus episodios en torno a la continua lucha entre los Jedis, una suerte de mezcla entre sacerdotes y caballeros andantes del futuro, y los representantes del llamado “lado oscuro de la Fuerza”, cuyo paradigma es el ya celebre Darth Vader, un siniestro personaje vestido con una máscara y capa negras y que, habiendo sido un Jedi, fue corrompido por el “lado oscuro”.

En el conjunto de películas se habla de un elemento que se constituye en una suerte de energía que mueve y explica todo, a la que se llama la Fuerza. Esa Fuerza puede ser inspiradora de actos de valentía y bondad, pero también inspiradora de una maldad sin límites ni compasión. La historia muestra una relación dialéctica entre lo bueno y lo malo, entre lo correcto y lo incorrecto, entre lo blanco y lo negro, entre la caballerosidad y la traición, entre la pureza y la impureza.

Los personajes, estereotipados como en todo cuento de hadas o historia de caballeros, tienen un poder que puede inclinarse hacia un lado o el otro. La Fuerza, como toda forma de poder, puede usarse bien o mal. Los Jedis son aquellos que supieron limitar lo que la Fuerza les daba, son los que supieron administrar su poder y saber que el uso indiscriminado y discrecional del mismo sólo conduce al “lado oscuro”.

Por el contrario, los personajes como Darth Vader, arrastrados por el lado oscuro, fueron víctimas de la falta de su capacidad de ponerse límites. Su poder es ejercido sin referentes, siendo arrastrado por la pasión y, a veces por el odio, hacia el lado oscuro.

El juego dialéctico de la Fuerza recorre todas las películas de la serie. En ella los buenos se convierten en malos y los malos en buenos. Hasta el malvado Darth Vader llega al final de sus días a ser arrastrado por el “lado bueno” de la Fuerza cuando rescata a su hijo Luke Skywalker y al hacerlo salva a toda la humanidad de ser esclavizada por el Imperio.

La historia que vamos a relatar en este trabajo guarda algunas semejanzas con la secuencia de películas cuyo último episodio (aunque no se trata del último en haber sido filmado) se tituló “El Regreso del Jedi”.

No quiero, sin embargo, que se me malentienda. No es que ésta sea una historia de bondad y maldad. No es una historia de caballeros andantes y dragones. No es, como quizás se pretenda afirmar, una expresión de maniqueísmo. Es sólo la construcción de una metáfora que nos ayuda a explicar por qué muchas historias de ejercicio de potestades estatales tienen un final feliz porque terminan con “El Regreso del Jedi” y otras terminan con el triunfo de un Imperio arrastrado por

el “lado oscuro de la Fuerza”, que sumerge a los ciudadanos en el mundo de la discrecionalidad sin límites.

La Fuerza a la que nos referimos es la capacidad de ejercer facultades públicas, es decir, poder. Este poder es la energía universal que sirve de base a todo el Derecho Público, y tiene tal capacidad que contamina también el Derecho Privado. Como en el caso de la Fuerza, este poder puede ser bien o mal utilizado. Su buen uso depende de las habilidades de quienes lo usan para ponerse límites, para entender que no son los guardianes del universo, sino simplemente herramientas de valores superiores y que trascienden el cargo que les toca ocupar en cada momento. Su rol no es desarrollar una suerte de imperialismo valorativo conducente a imponer sus valores a los demás, sino el poner el poder que les ha sido entregado al servicio de la libertad del hombre. El mejor uso del poder estatal es entonces la habilidad para autolimitarlo.

Pero el “lado oscuro” es muy fuerte y tentador. Es difícil autolimitarse y la tentación a tratar de liberar el poder de todo límite es muy grande. El pase al “lado oscuro” ocurre, como en “La Guerra de las Galaxias”, casi sin darse cuenta. De pronto se toma una decisión aparentemente inocua pero que lleva en su esencia un esfuerzo para sentirse libre de los límites autoimpuestos. A ella sigue otra decisión similar que va un poco más allá. De pronto, y como quien termina arrastrado por la pendiente de un tobogán al que se desafió poniéndose al extremo de su borde, los límites desaparecen y uno se encuentra en medio del “Imperio”.

Ese tobogán puede conducirnos hasta extremos tan tenebrosos como los que se relatan en La Guerra de las Galaxias, extremos que toman la forma de corrupción y hasta extorsión. No creo que ese sea el caso que voy a relatar. Se ha llegado a un extremo quizás menos radical, pero que igual genera preocupación: el uso político del poder entregado para tomar decisiones técnicas.

En las películas el “don” que la Fuerza ha entregado a los Jedis no está al servicio de un ente no definido. Está al servicio de los individuos. Son ellos los que son protegidos, y no una masa social abstracta. En la Guerra de las Galaxias “lo político” es un elemento relevante y muy presente en los actos del “lado oscuro”. Los Jedis desarrollan habilidades técnicas y parte de su mérito es mantenerse lejos de la política, algo que los capturados por el lado oscuro no pueden hacer. No pretendo afirmar que la política es en sí misma oscura y mala. Sólo pretendo decir que las habilidades técnicas que se entregan a ciertos funcionarios públicos son precisamente un antídoto al mal uso político de ciertas potestades.

La expresión de la politización de la Fuerza es la intención de ganar discrecionalidad para usar la Fuerza como se quiera, sin más límites que la propia voluntad. Un poder sin límites conduce a desvirtuar los fines de ciertas políticas.

Un área especialmente gráfica para mostrar esto son las llamadas políticas de competencia. Pocas áreas de la actividad pública tienen componentes tan técnicos y requieren de una autonomía e independencia tan claras. Las agencias de competencia, como el INDECOPI, fueron creadas justamente para promover lo privado, la libertad económica, y no para restringirla y rodearla de límites y regulaciones.

Trataré de demostrar en el presente trabajo que el proceso seguido por el INDECOPI en la implementación de las políticas de libre competencia relatan una historia parecida a la que ocurre en "La Guerra de las Galaxias", en la que la incorporación de elementos políticos está desviando los poderes que la Fuerza concede (potestades públicas) lejos de sus fines y objetivos. No pretendo decir que los personajes de la historia son tan siniestros como Darth Vader. Pero ello no sirve de mucho consuelo: Darth Vader es una ficción, los personajes de la historia que relato son de carne y hueso y por tanto toman decisiones en el mundo real. No pueden destruir un planeta, pero sí pueden dañar seriamente la institucionalidad que el INDECOPI ha desarrollado, y al hacerlo, pueden restringir seriamente el desarrollo económico y el bienestar de los consumidores.

Tampoco pretendo decir que quienes defienden un INDECOPI más orientado hacia sus verdaderos fines y con una reducción de la discrecionalidad a través del uso de criterios técnicos son una suerte de Jedi buenos e iluminados, libres de errores o, como se ha puesto de moda, libres de "reproche". La metáfora que planteo, como toda metáfora, sólo busca hacer más ilustrativo el caso y rodearlo de elementos que faciliten su comprensión.

La discrecionalidad marca la diferencia entre el uso limitado de la Fuerza y su uso sin restricciones. A veces la discrecionalidad es necesaria para hacer cosas correctas, pero ello no es excusa para incluso en esas circunstancias, dejar de ponerse la mayor cantidad de límites posibles.

La discrecionalidad, en el campo de las decisiones de un organismo público, toma muchas formas y adopta distintas expresiones. Una forma de reconocerla es el uso de términos carentes de contenido definido, y que por tanto abren la "Caja de Pandora" para servir de sustento a casi cualquier decisión.

Entre esos términos se encuentran expresiones como "social" o "libre de reproche", que carecen de contenido susceptible de ser definidos, y que por tanto se vuelven cajones de sastre capaces de sustentar casi cualquier conclusión, dependiendo de la subjetividad de quien las usa en cada ocasión.

Es preocupante la frecuencia con la que el término "social" se viene poniendo de moda en el INDECOPI. Sobre todo preocupa el sentido que se le está dando, es decir, aquel sentido sin sentido, es decir sin contenido específico, puesto allí para sustentar cualquier cosa.

Este término estará repetido en las Resoluciones que serán objeto de análisis en este trabajo. Pero no sólo allí. El presidente de la Sala de Competencia del Tribunal de INDECOPI reclama continuamente "lo social" como referente para tomar decisiones. En un reciente artículo, cuyo tema no es el Derecho de la Competencia sino el Derecho Concursal, el funcionario en cuestión sostiene "(...) la finalidad social del Derecho Concursal. Finalidad que, como explicaré, radica en la pacificación del conflicto social que se genera en una situación de crisis y el tratamiento colectivo de la misma..."<sup>1</sup>.

El problema de "lo social" está siendo trasladado a otras áreas a cargo de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI y muestra cómo se viene diluyendo el carácter técnico de las decisiones. Si por "pacificar el conflicto social" se quiere decir aplicar reglas claras, no hay diferencia entre lo que sostenemos y lo que sostiene el Presidente de la Sala. Es una verdad de perogrullo que cualquier regla tiene por fin resolver conflictos (sociales y privados).

Pero ese no parece ser el sentido en el que se usa. No es establecer reglas claras, sino crear la regla conveniente para resolver cada conflicto, en atención a los problemas sociales que le son propios según la coyuntura. En otras palabras, se estaría introduciendo la idea de conveniencia social de resolver un conflicto de una manera o de otra, según la coyuntura<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ROJAS LEO, Juan Francisco. "De la Supuesta Esquizofrenia del Sistema Concursal al Maniqueísmo de sus Detractores". En: *Ius Et Veritas*. Año XIII, No. 26, p. 176. El artículo responde a otro publicado en THEMIS - Revista de Derecho No. 45 titulado "El Estado Contraataca. La Múltiple Personalidad de un Sistema Concursal de Ciencia Ficción" escrito por Huascar Ezcurra y Gerardo Solís. De hecho la alusión a uno de los Episodios de la Guerra de las Galaxias inspiró la metáfora y el título del presente trabajo.

<sup>2</sup> Si uno revisa el artículo de Rojas Leo ve como pretende conciliar objetivos contradictorios como reforzar al crédito y proteger al deudor como fines del Derecho Concursal sosteniendo que no hay conflicto cuando cualquier persona con conocimientos básicos de economía sabe que ese es un conflicto que virtualmente ha dividido la ciencia económica en dos. Es curiosa además la coincidencia entre el mensaje de Rojas Leo y un mensaje similar dado por su compañero de partido político (ambos son miembros de Acción Popular), Luis Alva Orlandini, Presidente del Tribunal Constitucional, quien continuamente reclama en sus declaraciones, y lo que es peor, en sus resoluciones, la consideración de factores sociales y políticos para definir las reglas aplicables a cada caso. Ese es precisamente el problema de cuando los políticos encuentran sitio en entidades que deben responder a criterios técnicos: tratan de ganar discrecionalidad para poder usar las decisiones técnicas como parte de una agenda política y convierten sus tribunales en algo parecido a un Congreso, sólo que sin estar sujetos a control democrático.

No en vano Hayek, al referirse a nuestro “lenguaje envenenado” hizo especial énfasis en la palabra “social”. Decía que ese adjetivo, unido a cualquier sustantivo, tenía el extraño mérito de convertir dicho sustantivo en su antónimo: “Así, la justicia social significa sacarles a unos lo que les pertenece para entregárselos a otros, lo cual es contrario a la celebre definición de Ulpiano de dar a cada cual lo suyo. La democracia social implica la extralimitación del poder político que desparrama derechos sociales por doquier, lo cual, como hemos subrayado en otra oportunidad y lo reiteramos ahora, se traduce en la negación del derecho, puesto que esta última idea tiene como contrapartida una obligación la que, en este caso, no es posible otorgar sin lesionar derechos de terceros. Como también hemos apuntado en otra ocasión, las llamadas libertades sociales incurrir en el mismo error. En este caso se recurre a un uso metafórico de la libertad extrapolando conceptos tomados de la biología y la física aplicándolos a las relaciones interpersonales. En este sentido, se dice que una persona no es libre de bajarse de un avión en pleno vuelo, o que no es libre de ingerir arsénico sin padecer las consecuencias, o que no es libre de abstenerse de ingerir alimentos sin morir por inanición o que no es libre porque no puede ir volando a la luna moviendo los brazos, etc.”<sup>3</sup>.

En esa misma línea un Derecho Concursal Social o un Derecho de la Competencia Social, pierden su contenido intrínseco para convertirse en un sistema de repartija de privilegios, que crea mecanismos para romper los límites de los derechos subjetivos y lo que es peor, ni siquiera romperlos con coherencia. Por ello, ese lenguaje se hace esquivo, carente de definiciones, que en la mayoría de los casos se limitan a una frase hecha con la que casi cualquiera puede coincidir, pero si uno lo piensa mejor es fácil hacerlo porque la frase no dice nada, está redactada para sonar bien (o a veces solo para “sonar”) sin darnos ninguna explicación de lo que pretende decir.

En la celebre novela de Ayn Rand, “Atlas Shrugged”, se relata un episodio por lo demás explicativo de esta relación entre la incertidumbre y la ambigüedad del

lenguaje. En uno de los capítulos se da cuenta de una conferencia de prensa y se describe cómo los periodistas estaban acostumbrados a esperar el lenguaje ambiguo precisamente como consecuencia de la necesidad de mantener la discrecionalidad necesaria: “Era su obligación la de servir de audiencia a alguna figura pública que hace alocuciones acerca del bien público, en frases cuidadosamente elegidas para carecer de significado. Era su trabajo diario lanzar conjuntos de palabras en cualquier combinación que ellos quisieran, siempre y cuando las palabras no cayeran en ninguna secuencia que dijera algo específico”<sup>4</sup>.

Lamentablemente esa es la historia de los vaivenes de la Fuerza en las últimas decisiones que viene adoptando el INDECOPI. Lamentablemente ese lenguaje, que suena sugestivo y atrayente, tiene el mérito de llevarnos “al lado oscuro”, es decir al “Imperio” de la discrecionalidad.

## 2. EPISODIO I: LA AMENAZA DEL FANTASMA

En el Episodio I de la Guerra de las Galaxias, la película muestra la incertidumbre de los Jedis sobre lo que estaba ocurriendo. Sentían que algo amenazaba la paz. Advertían cambios, pero no sabían exactamente cuáles. Percibían que el lado oscuro se movía, pero no sabían para qué. Los signos, aunque muy perceptibles, eran imprecisos. Comienza a sentir “La Amenaza del Fantasma”.

En el año 2002 se nombra como Presidente del INDECOPI al Sr. César Almeyda Tasayco. Su nombramiento marcó un cambio de rumbo dramático con la línea que se había estado siguiendo antes. Si bien durante la Presidencia de Carlos Seminario hubo algunos síntomas de permeabilidad a la situación política, derivados de que la coyuntura lo había dejado en una situación débil<sup>5</sup>, lo cierto es que hasta antes el manejo de INDECOPI había operado con un nivel bastante aceptable de libertad de interferencias políticas.

Almeyda marcó el cambio y fue el canal a través del cual se manifestaron las tentaciones del “lado oscuro de la fuerza”<sup>6</sup>. Se trataba de una persona con gran afinidad al Presidente de la República y tuvo siempre el

<sup>3</sup> VENEGAS LYNCH, Alberto (hijo). “Las Oligarquías Reinantes”. Buenos Aires, Atlántida, 1999, pp. 34-35.

<sup>4</sup> RAND, Ayn. “Atlas Shrugged” Pluma Printing, 199. p. 233. Un excelente ejemplo de ese ejercicio de lanzar palabras sin secuencia, evitando el uso de un sustento académico, se puede ver en el artículo publicado por NODA, YAMADA, Carlos. “La Ilegalidad de la Regla Per Se en el Ordenamiento Peruano en Materia de Libre Competencia”. Dialogo con la Jurisprudencia No. 60, Septiembre 2003, pp. 73-80. Una lectura de ese trabajo solo denota el uso de argumentos que presuponen que todo el que defienda la “regla per se” es un fujimorista. Pero no existe ningún argumento académico digno de comentar. Se busca más una reacción emocional, que una reacción racional, cosa característica del discurso político.

<sup>5</sup> Como se recordará Carlos Seminario fue nombrado por el gobierno de Fujimori para reemplazar a Beatriz Boza. La destitución de Beatriz Boza obedeció a la imposibilidad de Vladimiro Montesinos de controlar al INDECOPI y fue la culminación de una serie de esfuerzos destinados a controlar la institución. Sin embargo, a los pocos meses de ocurrido este hecho se produjo el destape de los Vladivideos que terminó con la caída de Fujimori. En ese contexto Seminario se quedó en medio del gobierno de transición sin ningún respaldo político. Su debilidad lo hizo ser permeable a las presiones de ciertos Ministros, en especial del Ministro de Industrias en el tema del dumping, donde Seminario se deshizo del Secretario Técnico y de toda la Comisión, que aplicaba la Ley con mucho tecnicismo y que por tanto resistía las presiones empresariales a crear límites injustificados al comercio. Los resultados se ven hasta ahora donde la Comisión fija derechos a favor de casi cualquiera que se lo pida, perjudicando a los consumidores. Sin embargo, se trató de un hecho aislado, y no de parte de toda una estrategia para politizar la institución.

<sup>6</sup> Su desempeño posterior como Presidente del Consejo Nacional de Inteligencia, su juego lamentable para tratar de controlar los canales de televisión, o el cambio de política de auspicios para recibir dinero de empresas que tenían procedimientos en INDECOPI, entre otras “perlas” sólo confirmaron la cercanía del personaje con el paradigma del “lado oscuro”.

perfil de un consejero político personal. Nadie conoce de sus habilidades ni pergaminos técnicos. Era un personaje gris que se autoproclamaba como experto en Reestructuración Empresarial, a pesar que no se le recuerda participación en ningún caso importante ante el INDECOPI antes de su nombramiento.

Este personaje sí inició una serie de cambios. Quizás el más notorio fue la recomposición a la Sala de Defensa de la Competencia.

Es cierto que no fue burdo en muchos cambios. Sin duda nombró gente valiosa, pero mezclada con otra gente que no lo era tanto. Y sí se aseguró en tener uno o dos miembros de cada órgano funcional que fueran de su entera confianza.

A la etapa de Almeyda le sigue una etapa para nada mejor. Se nombra interinamente como Presidente al Gerente General, Fernando Arrunátegui, rompiéndose con la práctica usual, y más lógica, de nombrar a otro miembro del Directorio como Presidente interino. El interinato y las características del personaje marcan una agudización del proceso de pérdida de independencia o, en el mejor de los casos, una percepción pública de debilidad y de falta de defensa de los fueros de la institución. Este interinato se prolonga por más de diez meses a la fecha<sup>7</sup>. A pesar que no es recomendable que un Presidente interino haga cambios, en espera de su sucesor definitivo, el Presidente interino se dio el lujo de recomponer Comisiones y reemplazar a cualquier Secretario Técnico que no fuera permeable.

Esto va de la mano de un cambio en el lenguaje, tanto en declaraciones públicas como en muchas de las decisiones funcionales del INDECOPI. El nuevo lenguaje trae siempre un elemento constante: hay que ganar discrecionalidad. Hay que confiar en la capacidad del funcionario para decidir por el ciudadano. Para ello se cambia el uso de criterios claros por ambiguos, que permiten decidir casos iguales de manera diferente. Es la herramienta perfecta para conseguir el tipo de flexibilidad típica para llegar a politizar las decisiones sin que parezca formalmente que lo está haciendo. Aparecen entonces políticos con discursos aparentemente técnicos. Esto está perfectamente reflejado, como veremos, en las decisiones que la nueva Sala de Defensa de la Competencia ha dado en el tema de libre competencia.

Esta coyuntura explica la secuencia de cambios que aparecerán en los episodios siguientes. De pronto se dejan de dictar precedentes de observancia obligatoria, es decir aquella herramienta colocada en la legislación precisamente para permitir a los funcionarios a "resistir al lado oscuro". Sólo se han dictado dos

(uno conocido como la Resolución del SOAT y el otro es el cambio de criterio para definir al consumidor final en los casos de protección al consumidor), y no debe sorprender que ambos eliminen criterios que antes limitaban la discrecionalidad del INDECOPI.

Pero veamos con mayor detalle cómo "La Amenaza del Fantasma" comienza a tomar forma.

### 3. EPISODIO II: EL ATAQUE DE LOS CLONES

En el Episodio II de la Guerra de las Galaxias los Jedis descubren que alguien está clonando un ejército de guerreros, aunque sin tenerse claro con qué fin. Este ejército repite la configuración del guerrero clonado, se ven parecidos, pero no son iguales. Tienen la misma cara, pero no necesariamente el mismo contenido.

En la historia que estamos relatando ello comienza a notarse en las resoluciones que la Sala dicta en los temas de Libre Competencia. En este tema la nueva Sala ha dictado cuatro resoluciones. De las cuatro, en tres revoca los criterios de la Comisión, y en la única que confirma en realidad lo hace con un criterio sumamente discutible que entra en contradicción con las decisiones de la Sala anterior. Esto quiere decir que en todas cambia criterios.

Pero cambiar de criterio es válido. En áreas tan fértiles a la discusión como el Derecho de la Competencia ello no debería llamar la atención. Lo que debe llamar la atención es que en todos los casos la decisión se orienta a ganar más discrecionalidad, a niveles tales que los razonamientos ponen en evidencia el desarrollo de una capacidad para resolver casos iguales de manera distinta, abriendo espacios para una mayor politización de las decisiones.

En un área tan técnica y compleja como el Derecho de la Competencia, la imprecisión parecería ser la regla. Ello eleva los costos de transacción en la economía y exige esfuerzos mayores para tratar de mandar mensajes claros a los agentes económicos sobre qué conductas están permitidas y cuáles no.

Para ello se busca definir, incluso en las prácticas más complejas, elementos objetivos que permitan que en la evaluación de todo caso la secuencia de análisis sea siempre la misma. Para identificar la intención de ganar discrecionalidad y manejo político, basta identificar dos elementos: (1) cómo se quita significado a ciertos términos y se le llenan con un contenido impreciso que no define nada. Así, se "clona" el concepto, pero al hacerlo en realidad se cambia. Se lee como si fuera igual, se usa en el mismo tipo de casos, pero en realidad es otra cosa diferente; y (2) se retira de la secuencia de análisis un paso importante pero incómodo para ser

<sup>7</sup> Recordemos que fue nombrado como Presidente Interino el día 31 de enero de 2003.

discrecional. En términos sencillos, se “salta a la garrocha” el elemento de análisis. Lo más serio es cuando ese paso de análisis está en la Ley misma. Veamos cada uno de estos dos elementos. Comencemos con el “salto de garrocha”.

### a. El salto de garrocha

Como en la mayoría de áreas del Derecho, en el Derecho de la Competencia se desarrollan secuencias de análisis, en las que para determinar el resultado que debe darse a un caso se sigue todo un proceso, con pasos definidos. Conforme se llega a la conclusión que un requisito se ha cumplido, entonces se pasa al siguiente. Si por el contrario uno de los requisitos no se cumpliera entonces se detiene el análisis y el caso es declarado infundado.

Bajo el riesgo de llegar a una sobresimplificación, el análisis de un caso de abuso de posición de dominio sigue la siguiente secuencia: (1) se determina cuál es el mercado relevante de producto, es decir con qué productos o servicios compite efectivamente el bien o servicio producido por la empresa sujeta a investigación<sup>8</sup>, (2) se determina cuál es el mercado geográfico, es decir una vez definido el mercado del producto, debe establecerse dónde compite espacialmente la empresa en cuestión<sup>9</sup>, (3) se determina si la empresa en cuestión tiene o no posición de dominio en el mercado relevante<sup>10</sup>, (4) se establece si al desarrollar la práctica la empresa recibe, simultáneamente, un beneficio, y causa un perjuicio y (5) según el tipo de práctica (negativa injustificada de contratar, cláusulas de atadura, precios predatorios, discriminación, etc.) el árbol de análisis se abre en diversos supuestos que evalúan los requisitos necesarios para que la práctica pueda ser considerada anticompetitiva.

Me interesa concentrarme en el supuesto 4 anterior, es decir el referido a que la empresa acusada de una práctica ilegal esté causando un perjuicio y simultáneamente esté recibiendo un beneficio. Este supuesto se deriva del texto expreso del primer párrafo

del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, el cual establece: “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”.

Nótese que la norma es clara en señalar que el perjuicio y el beneficio deben de ser simultáneos. La interpretación literal de la norma no deja espacio para pensar algo distinto, pues los términos “perjuicios” y “beneficios” están separados por la conjunción “y” que implica que ambos elementos son necesarios.

Este cuarto requisito permite eliminar una serie de casos y detener allí el análisis. Respecto al requisito de perjuicio, carece de sentido analizar una práctica que no está en capacidad de causar daños, dado que el análisis de los casos de abuso de posición de dominio está sujeto a la llamada regla de la razón.

Respecto del requisito de beneficio, éste trata de descartar el análisis de una práctica cuando no existen elementos para pensar que quien la desarrolla está obteniendo una ventaja de restringir la competencia. Por ejemplo, la empresa concesionaria de un puerto se niega a que en su terreno se instale una antena de telefonía móvil, si bien su decisión puede generarle un perjuicio a la empresa objeto de la negativa, no se ve qué razones pueden existir para que tal negativa se dé desde el punto de vista de la competencia, porque la empresa que brinda servicio de puerto no está ni ella, ni ninguna empresa a ella vinculada, en el mercado de telecomunicaciones. Así, desarrollar la práctica no le reporta beneficio alguno. Lo dicho es igualmente cierto incluso en el caso que ya otra empresa de telecomunicaciones haya sido autorizada por la empresa portuaria a instalar una antena.

La razón es muy simple. Incluso si aceptáramos una posición de dominio en el mercado de terrenos para la instalación de antenas de telefonía móvil, no existen razones económicas para que la empresa de puertos

<sup>8</sup> Por ejemplo, si estamos en un caso de cerveza, se analiza qué opciones tienen los consumidores si sube el precio de la cerveza. Por ejemplo: ¿Comenzarán a tomar ron u otras bebidas alcohólicas? Si la respuesta es sí, entonces las demás bebidas deben incluirse como parte del mercado relevante, lo que significa que la participación de la cerveza en el mercado es menor. Si la respuesta es no, entonces el producto relevante será la cerveza, con lo que de haber un solo productor de cerveza este tendría un monopolio.

<sup>9</sup> Por ejemplo, si esta empresa vende cerveza en Lima, ¿Es pertinente que otra este vendiendo cerveza en Ica, y otra en Arequipa? ¿Controlan estas empresas la facultad de fijar el precio de la empresa limeña? Dependiendo del análisis que se haga el área relevante será mayor o menor. Cuando más grande sea menor será la participación de la empresa involucrada. Cuando menor sea el área, mayor será su participación.

<sup>10</sup> Así, usando diversas técnicas desarrolladas por la ciencia económica, se mide la participación del mercado de la empresa investigada, el nivel de concentración en el mismo, es decir el tamaño de sus demás competidores, la existencia o no de barreras de acceso que le permitan actuar con independencia, etc. La Ley ha definido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701, que ello implica determinar si la empresa en cuestión puede actuar con independencia de sus clientes, competidores y proveedores, esto es si puede o no controlar el precio. Si luego del análisis se concluye que la empresa goza de posición de dominio se sigue con el análisis, si por el contrario se llega a la conclusión que no existe posición de dominio el caso termina y no es necesario analizar otros aspectos del mismo. Como se dijo esto se deriva del artículo 4 del Decreto Legislativo 701, el mismo que señala: “Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución”.

se niegue a que en su terreno se instalen muchas antenas de telefonía móvil. Finalmente puede tener la oportunidad de que se instalen muchas antenas y cobrar por cada una de ellas. ¿Qué podría motivarla a perder ese ingreso adicional? Solo una razón comercialmente válida. Por ejemplo puede ya no tener espacio disponible porque la infraestructura no lo permite. Otro ejemplo puede ser que la empresa que solicita la instalación tiene malos antecedentes crediticios y no le inspira confianza. Otra razón puede ser que el espacio disponible no permite una instalación segura y libre de riesgos o que la empresa de telecomunicaciones no aceptó los términos ofrecidos.

El caso cambia si la negativa es efectuada por una empresa que actúa en el mercado. Por ejemplo si quien solicita un espacio no es una empresa de telecomunicaciones, sino una empresa dedicada al servicio de carga y descarga de buques, servicio en el que competiría con la empresa portuaria, y ésta se niega a darle un espacio para poner sus grúas en el puerto, la situación es diferente. Allí el control de la infraestructura le permite a la empresa portuaria usarla para negar el acceso al puerto y así restringir la competencia en el servicio de carga y descarga. Con ello se quedaría sola en el mercado y podría elevar sus tarifas por tal servicio a niveles monopólicos. En ese caso el perjuicio a la competencia está claro y el beneficio de la empresa es evidente<sup>11</sup>.

La existencia de este requisito busca descartar casos que no tienen racionalidad anticompetitiva, y evitar un intervencionismo extremo en la libertad de contratación de las partes. Su eliminación, por el contrario, crearía obligaciones de contratar a todos los niveles, dándole a la autoridad la capacidad de ordenar a contratar en caso de negativas que no tienen un efecto ni racionalidad anticompetitiva. La libertad de contratar es un derecho muy sensible y las excepciones a dicha libertad deben estar debidamente sustentadas.

Éste es un criterio bastante aceptado en la doctrina y en la jurisprudencia. Por ejemplo en el caso *Oficial Airline Guides, Inc. vs. la Federal Trade Commission (FTC)*, la Corte del Segundo Circuito de los Estados Unidos cambió el orden del FTC, en la cual ésta requería a una guía de publicación de información aérea que se incluyera en su lista publicada de vuelos aéreos los horarios de las aerolíneas de "commuter" conjuntamente con aquellas de las aerolíneas principales, puesto que el no hacerlo representaba una desventaja económica significativa para estas aerolíneas

y reducía la cantidad de información para los consumidores, creando supuestas ineficiencias y disminuía la competencia en el mercado aéreo. Sin embargo, la Corte señaló que esta conducta no tenía ni el propósito ni el efecto de mantener el monopolio de la denunciada. La Corte resaltó que un razonamiento como el del FTC permitiría que el Gobierno impida que un periódico con poder monopólico se niegue a publicar en sus páginas, publicidad de una empresa cuyos dueños tengan una opinión política en contra del periódico, si la empresa necesita de dicha publicidad para permanecer en el negocio. Este caso demuestra cómo los temas no económicos pueden algunas veces ser conducidos por los denunciantes para limitar las leyes de competencia, en vez de expandirla<sup>12</sup>.

Si uno analiza el caso citado descubre que no existía beneficio en la guía aérea para negarse a publicar la información que no sea una razón comercialmente válida. La guía tiene los incentivos para publicar la mayor información posible, siempre que los beneficios de hacerlo superen los costos de hacerlo. Si los consumidores valoran la información adicional estarán dispuestos a pagar por ella y la guía a publicarla sólo si los costos son menores a la disposición de pagar a los consumidores. Si la guía no tiene vínculos con las empresas aéreas que la incentive a generar ventajas anticompetitivas su conducta obedece a razones de mercado justificables. De la misma manera no se puede exigir que un periódico publique publicidad de quien no desee, salvo que ello vaya dirigido a obtener ventajas anticompetitivas.

Si se acepta que una empresa puede ser sancionada sin haber recibido un beneficio por la práctica, se estaría limitando la libertad de contratar sin razón aparente. Si uno eliminara, en contra del texto de la Ley, el requisito del beneficio, ganaría discrecionalidad y poder, pues obtendría un gran espacio para regular la contratación entre particulares, renunciado a que sean los incentivos de mercado lo que regule estos casos. Si el INDECOPI adoptara este criterio obtendría un gran espacio para amenazar la libertad de contratación y forzar a las grandes empresas a "apoyar" a las pequeñas, convirtiendo a las normas de competencia en un sistema populista antes de un promotor de la eficiencia en beneficio de los consumidores. Permitiría así el desarrollo de una "competencia" más social o acorde con un interés social. Pero como vimos, en términos de Hayek, haríamos uso del lenguaje envenenado y convertiríamos la competencia en

<sup>11</sup> De hecho muchas veces este tipo de problemas llevan a que se adopte no una solución de acuerdo a las normas de libre competencia, sino de acuerdo a esquemas regulatorios que establecen reglas *ex ante*. Un buen ejemplo es el Reglamento de Acceso a Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por el OSITRAN por resolución No. 034-2001-CD/OSTIRAN y que ha sido recientemente aclarado por Resolución No. 014-2003-CD/OSITRAN o las normas de interconexión en telecomunicaciones. En cualquier caso, como se verá más adelante, esto se vincula con el problema de las llamadas facilidades esenciales.

<sup>12</sup> ROSS, Stephen. "Principles of Antitrust Law". p. 85.

justamente lo contrario a lo que ésta es: dejaría de ser un mecanismo que premia el esfuerzo y la iniciativa y se convertiría en un sistema de repartición de privilegios. En otras palabras, sería un movimiento hacia “el lado oscuro de la Fuerza”.

Además constituiría un criterio inconstitucional. El artículo 62 de la Constitución garantiza la libertad de contratación<sup>13</sup>. Sólo por una autorización constitucional es posible limitar esa facultad de contratación. Dicha autorización, en el caso que nos ocupa, está en el artículo 61 de la misma Constitución<sup>14</sup>. Pero dicha autorización a limitar la libertad de contratación sólo permite restringir la conducta en cuanto tenga por efecto e intención limitar la libre competencia. Si quien supuestamente desarrolla la práctica no tiene ningún beneficio por la misma, como exige la Ley, no se entiende cómo puede surgir una autorización genérica para limitar el derecho a contratar.

Pues eso es precisamente lo que ha hecho el Tribunal del INDECOPI al saltarse a la garrocha el requisito de determinar la existencia de un beneficio.

El caso en el que ocurrió ello fue el contenido en la Resolución No. 0869-2002/TDC-INDECOPI, de fecha 11 de Diciembre del 2002, que recoge la decisión en la denuncia planteada por CAB CABLE contra ELECTROCENTRO.

El caso se refiere a una denuncia presentada por CAB CABLE, empresa que presta servicios de televisión por cable en la ciudad de Huancayo, contra la empresa ELECTROCENTRO, empresa eléctrica que presta el servicio de distribución de energía en la misma ciudad.

Para prestar el servicio de televisión por cable, la denunciante tenía celebrado un contrato con ELECTROCENTRO para utilizar los postes de esta empresa para el tendido de su red. Sin embargo, luego ELECTROCENTRO se negó a suscribir un nuevo contrato al vencerse el primero, argumentando un cambio de circunstancias respecto a las condiciones comerciales y a las exigencias de las normas sobre calidad del servicio eléctrico. Señaló la denunciada que sus postes no tenían las características adecuadas para brindar el servicio, lo que le había generado una serie de inconvenientes técnicos durante la ejecución del contrato.

Es importante señalar que en su defensa ELECTROCENTRO dejó claro que su negativa a contratar incluso la perjudicaba, pues le privaba de recibir los

ingresos adicionales que el alquiler de postes le hubiera significado. Así señaló, como resulta evidente, que su negativa se basaba en una decisión operativo-comercial.

Como se desprende de los hechos del caso la pregunta que surge es si el INDECOPI está en capacidad de inmiscuirse en una relación de naturaleza privada, sustentada en decisiones comerciales entre empresas. La respuesta sólo puede ser afirmativa si detrás de la práctica exige una motivación anticompetitiva.

Era evidente, sin embargo, que ELECTROCENTRO no tenía ningún interés en el mercado de servicio de televisión por cable. Ni ella, ni ninguna empresa a ella vinculada, presta tal servicio. Lo único que ocurre como consecuencia de la negativa es que pierde un ingreso adicional. Por ello, la razonabilidad y justificación de tal negativa se presume, lo que se logra con la carga de probar que ELECTROCENTRO recibe algún beneficio.

En todo caso es de cargo del denunciante o de la autoridad de competencia el probar la irracionalidad de la negativa y la existencia del beneficio para la empresa encausada. De lo contrario se estaría creando una “presunción de responsabilidad” pues se consideraría que la simple negativa es una infracción salvo que se pruebe lo contrario.

El tema no es para tomarlo a la ligera, y la forma cómo uno analiza el problema puede tener efectos nefastos en la economía. Las razones por las que una empresa se niega a contratar pueden ser objetivas o subjetivas. Un abogado puede rechazar atender un cliente sólo porque no le causó una buena impresión. De la misma manera la negativa a alquilar los postes pueden simplemente responder a la incertidumbre sobre los riesgos que ello implique o que la empresa solicitante no nos causa una buena impresión. Son razones que no pueden ser justificadas objetivamente, pero que motivan las formas cómo se hacen los negocios. Reducir esa discrecionalidad en el contratante es limitar su libertad de contratar de manera innecesaria, privando a las empresas de usar su “olfato” en el mundo de los negocios.

Por eso las normas de competencia han establecido el requisito de probar tanto el perjuicio y el beneficio. Si se va a intervenir se quiere que se trate de un caso donde existen incentivos para una conducta anticompetitiva. Es la intención de restringir la competencia lo que preocupa. Sólo en ese caso se interviene. En los demás se respeta la decisión de la

<sup>13</sup> “Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (...)”.

<sup>14</sup> “Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

empresa. Si ésta se comportó de manera irracional es su problema, pero lo más probable es que nos encontremos ante una conducta racional que no puede ser justificada con elementos meramente objetivos. Finalmente el *"feeling"* en los negocios es importante para las decisiones empresariales, y no es función de la autoridad de competencia restringir el derecho de las empresas a guiarse por su *"feeling"*.

Pues bien; la decisión que adoptó el Tribunal en el caso se "saltó a la garrocha" el requisito del beneficio. No hay un sólo extremo de la resolución que analice cuál es el beneficio, y ni siquiera que diga por qué excluye su análisis. Simplemente lo obvió porque lo consideró muy incómodo para decidir como decidió.

Si bien confirmó la decisión de la Comisión, que en mi opinión también estaba equivocada, lo que es cierto es que al menos la Comisión abordó parcialmente el tema usando la teoría de la negativa arbitraria, desarrollada en algunos casos norteamericanos justamente para justificar la intervención en casos en los que no se aprecia el beneficio. Al respecto, la Comisión señaló, en nuestra opinión equivocadamente, que: "Una negativa de trato arbitraria se distingue por el hecho de que la empresa que realiza la práctica no mantiene una relación de competencia con la empresa que se ve afectada por la negativa. Aun cuando resulta claro que las negativas arbitrarias de trato podrían reducir el bienestar restringiendo la competencia, algunos autores han considerado que este tipo de conductas deberían ser corregidas por el propio mercado, sin necesidad de una intervención gubernamental. En la misma línea otros autores señalan que este tipo de negativa no debería ser materia de intervención debido a que los costos y riesgos asociados a la misma, no estarían justificados por los beneficios potenciales del proceso competitivo. Contrariamente a lo anterior, la opinión de la Federal Trade Commission, autoridad gubernamental en materia de libre competencia de los Estados Unidos, señala que las negativas arbitrarias de trato deben ser sancionadas a menos que la empresa con posición dominante demuestre que tiene una justificación de negocios clara para la negativa".

Como vimos, las Cortes Norteamericanas no acogieron con entusiasmo esta interpretación, y si bien hubo algunos amagos de aceptar la posibilidad de sancionar una negativa arbitraria sin que existan beneficios, estos intentos no llegaron a consolidarse como una posición general y fueron dejados de lado.

Sin embargo la Resolución del Tribunal que estamos comentando ni siquiera analiza la teoría de la negativa arbitraria, con lo que ni siquiera hace el intento de justificar la no aplicación del requisito.

Para ello utiliza una suerte de teoría de "comunismo" empresarial, en el que el empresario está sujeto en la toma de decisiones a no ser considerado "(...) un individuo abstracto y aislado, sino como un miembro de una comunidad cuya actividad empresarial está flanqueada por el concurso de otras personas, otros empresarios y los consumidores".

En esa misma línea se señala que "(...) el ejercicio de la autonomía privada de la que gozan los particulares – dentro del marco del orden público económico protegido por el derecho de la competencia- no puede perjudicar la igualdad entre los competidores ni los intereses legítimos de los consumidores".

La frase es por lo demás expresiva, pues impone una nueva obligación: la de tratar igual a los competidores, así uno no tenga ningún interés en el tema en concreto por no participar en el mercado respectivo.

Nadie discute que pueden limitarse ciertos actos que afecten la competencia, pero en la conducta de ELECTROCENTRO no hay nada de anticompetitivo. El lenguaje de la Resolución invoca a una suerte de "solidaridad social" o deber de cooperación del empresario con los negocios ajenos, dirigida a igualar a los competidores. Si él no recibe ningún beneficio con la negativa, su obligación a colaborar no nace de un acto ilícito, sino simplemente del incumplimiento de un deber de cooperación abstracto y etéreo. Esa "solidaridad social" impuesta de afuera es una contradicción en términos. Ser solidario es llevar a cabo un acto de desprendimiento para ayudar a otro. Pero si me obligan a ser "solidario" no lo estoy siendo en realidad. Es otro ejemplo de cómo añadir el impreciso término social sólo consigue que la palabra signifique exactamente lo contrario. Una solidaridad impuesta no puede ser solidaridad.

Pero lo peor de todo es que es una decisión ilegal por saltarse a la garrocha la literalidad de la Ley que obliga a determinar la existencia de un beneficio por parte de quien desarrolla la práctica. Nada se dice en la Resolución de por qué no debe aplicarse el requisito de beneficio.

En ese sentido la decisión adoptada es una expropiación de la propiedad y de la autonomía privada de ELECTROCENTRO, sin que pueda decirse bajo ninguna circunstancia que la conducta desarrollada es anticompetitiva. Crea una carga que no sólo no es creada por la Ley, sino que es negada por la Ley.

Sin embargo, dicha decisión aumenta el espectro de discrecionalidad de la autoridad. La negativa a contratar de quien no tiene intereses en el mercado supuestamente afectado permite incluir en la esfera de acción una serie de casos en los que se pueden dictar decisiones populistas y obligar a las empresas a contratar en contra de su voluntad. Este comunismo

empresarial impuesto es realmente preocupante y extiende “las fronteras” del imperialismo del funcionario público. Es pues otro movimiento hacia el “lado oscuro de la Fuerza”.

#### **b. La clonación impropia o el efecto comodín**

Sin embargo el problema no acaba allí. Abierta la puerta a mayor discrecionalidad es casi un axioma que la puerta se irá ensanchando porque ya no tiene límites. Aquí es donde se presenta este efecto clonación que habíamos ya adelantado.

Lo que se hace con la “clonación” de conceptos por otros parecidos, pero no iguales, es convertir el término técnico en un comodín que se puede utilizar para sustentar cualquier razonamiento. En cada caso, como en un juego de cartas, se puede usar el comodín para representar cartas diferentes, la que se necesite en cada caso. Uno puede hacer una escalera royal en un juego de póquer por más que falte un número, porque el comodín reemplaza el número que falta. De la misma manera uno puede completar un razonamiento, a pesar que en el caso concreto falta uno de los requisitos para culminar el análisis en el sentido deseado.

Cuanto más indefinido sea el concepto, cuanto más imprecisa sea la “clonación”, más fácil podemos obtener resultados diferentes para casos iguales. A ello lo vamos a llamar el “efecto comodín”.

Un ejemplo muy claro de cómo usar el efecto comodín se dio en la época de Alan García y la estatización de los bancos. Dado que en la Constitución de 1979 se establecía que el Estado tenía un rol más activo en la prestación de los servicios públicos, se pretendió calificar a los Bancos como un servicio público para justificar su expropiación.

Podemos tener una larga discusión sobre cuál es el sentido técnico del término “servicio público”, pero es claro que no es el mismo de “servicio al público”. Los servicios bancarios se brindan “al público” pero no son “servicio público”. El intento de clonación del concepto por uno parecido, pero diferente, se dirigía a generar el efecto comodín y poder encajar el caso de la expropiación de los bancos como el ejercicio de las potestades estatales vinculadas a los servicios públicos. No es pues de extrañar que en la búsqueda de politizar las decisiones técnicas se cambie el sentido de las palabras sin decirse que se están cambiando.

Un concepto que ha sido clonado por el Tribunal de INDECOPI en la segunda de las Resoluciones

que vamos a comentar es el de “facilidad esencial”.

El concepto de facilidad esencial fue acuñado para explicar ciertas situaciones en las que el acceso a un recurso indispensable para la producción de otro bien o servicio, en control de un competidor real o potencial, debe ser forzado por la Ley. Para estos efectos debe quedar claro que el recurso podrá ser considerado facilidad esencial si no es susceptible de ser reemplazado técnica o económicamente para producir el bien o servicio.

Grafiquémoslo con un ejemplo. Si una empresa desea brindar el servicio de acarreo de maletas desde los aviones hasta la zona de recojo por los pasajeros, es técnicamente imposible que lo pueda hacer, dada la tecnología existente, sin apoyarse sobre la plataforma del aeropuerto en la que está estacionado el avión. Por ello, la plataforma es una facilidad esencial para poder brindar el servicio en competencia incluso con la propia empresa que opera el aeropuerto.

Otro ejemplo se presenta en telefonía. No es posible brindar el servicio de larga distancia sin contar con la posibilidad de acceder a la red del operador de telefonía fija. Así Americatel (la famosa 1977) no podrá brindar el servicio a los usuarios de Telefónica si Telefónica no le permite usar parte de su red para que puedan cursarse las llamadas de larga distancia. La red de Telefónica es una facilidad esencial.

Pero imaginemos ahora que quiero brindar el servicio de almacenaje de carga aérea. Si bien es cierto que tener un almacén dentro del aeropuerto me da una ventaja, el almacén dentro de dicha infraestructura puede ser reemplazado a un costo razonable con un almacén fuera del aeropuerto. En ese caso, contar con un área de almacenaje dentro del aeropuerto no es una facilidad esencial.

Al respecto, cabe resaltar que el servicio de almacenaje, si bien puede ser necesario para completar la cadena del transporte, puede usar infraestructura no aeroportuaria, por lo que existe una alternativa de sustitución técnica y económica al uso de almacenes dentro del aeropuerto.

Para cada tipo de infraestructura, se puede definir un conjunto de servicios esenciales y otros servicios no esenciales, distinguidos según el criterio de necesidad para operar o mantener los servicios de transporte y las dificultades de duplicación de la infraestructura a corto plazo<sup>15</sup>.

Los operadores de terminales de almacenamiento de carga aérea utilizan actualmente determinadas

<sup>15</sup> Según las normas de acceso de Australia para calificar un área como infraestructura esencial: “(i) Es necesario para los fines de operación y/o mantenimiento de los servicios de aviación civil en el aeropuerto, (ii) es provisto por medio de infraestructura significante en el aeropuerto, siendo infraestructura que no puede ser económicamente duplicada”. Australia Draft Guide. Section 192 of the Airports Act – Declaration of Airport Services. Summary V.

instalaciones esenciales del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez con ocasión al servicio que prestan. En efecto, de lo señalado se desprende que el acceso a las instalaciones esenciales (plataforma) es determinante para que el operador secundario pueda brindar sus servicios. Por ello, son usuarios intermedios de servicios aeroportuarios toda vez que utilizan la infraestructura para brindar servicios a terceros.

Ahora bien, cabe diferenciar el servicio de carga y descarga (así como el servicio de transporte de mercancías) del servicio de almacenamiento. El primero de estos servicios necesariamente requerirá de la utilización de las facilidades esenciales para poder brindarse. Sin embargo, el servicio de almacenamiento no requiere indispensablemente el acceso a la infraestructura pues puede realizarse fuera de ella.

En este orden de ideas, cabe resaltar que el factor indispensable para que los operadores secundarios puedan brindar el servicio de almacenamiento es contar con la carga para efectuar el transporte de ésta. En efecto, el transporte de carga se inicia en la descarga de la mercancía del avión y tiene como destino final la llegada a los almacenes.

Pero es evidente que la facilidad esencial tiene un contenido, valga la redundancia, esencial: sin ella el servicio no puede ser brindado, sacándose del mercado a la empresa afectada por la negativa.

Normalmente los problemas de facilidades esenciales, referidos usualmente al uso de infraestructura se resuelven regulatoriamente y fuera del área del Derecho de la Competencia. Sólo excepcionalmente se usa el concepto dentro del campo del Derecho de la Competencia para cubrir un problema que se le ha escapado a la regulación.

Es importante distinguir el problema de las facilidades esenciales del llamado problema de acceso universal o servicio universal. El tema de servicio universal no responde a la existencia de una facilidad esencial, sino a un problema de servicio público. Si usted está dentro de área de concesión de la empresa de distribución eléctrica Edelnor, tiene el derecho como usuario a que le conecten luz y la empresa no está en posibilidad de negarse a conectarle la luz si se cumplen con los requisitos técnicos y económicos establecidos. Allí no hay un problema de competencia, sino el interés del Estado de que todos cuenten con el servicio. Lo mismo puede decirse de los proyectos de electrificación rural o telefonía rural, en el que el Estado diseña esquemas para llevar estos servicios incluso a áreas en que no es rentable hacerlo.

La Comunidad Europea ha definido una facilidad esencial como "una facilidad o infraestructura sin

acceso al cual los competidores no puedan ofrecer servicios a sus clientes y la cual no puede ser replicada por ningún medio razonable".

Bajo la legislación antimonopolios de Estados Unidos, se requiere de tres condiciones para que se establezca la obligación de acceso a una facilidad esencial: (i) Control de la facilidad esencial por un monopolista; (ii) Incapacidad de un competidor que necesita de la facilidad, de duplicar dicha facilidad esencial y (iii) La negativa de uso de la facilidad a un competidor.

Por su parte, la ley de competencia del Reino Unido, establece como características fundamentales de una facilidad esencial: (i) Los competidores deben tener acceso a la facilidad puesto que es esencial para la provisión de bienes o servicios en dicho mercado relacionado y (ii) No es económicamente eficiente, o puede no ser posible, que los nuevos entrantes repliquen la facilidad.

Por otro lado, el concepto de acceso universal nos remite a la idea de que los servicios públicos sean proveídos de manera que sean accesibles a aquella minoría de usuarios potenciales que no poseen dichos servicios y para aquellos a quienes el hecho de no contar con dichos servicios constituiría una desventaja social u económica. La Comunidad Europea ha identificado el enfoque de las obligaciones del Servicio Universal en Europa, de manera que estos servicios sean ampliamente expandidos y que se tomen en cuenta los intereses de los consumidores.

La confusión entre un concepto y otro es muy peligrosa. Un concepto extendido de facilidad esencial generaría el efecto de considerar el recurso en realidad bajo el concepto de servicio universal, lo que lleva implícito una suerte de calificación del servicio como servicio público.

Pues bien: otra de las decisiones del Tribunal de INDECOPI ha hecho precisamente eso. Ha clonado el concepto de facilidad o servicio esencial para darle un contenido asimilable al de servicio o acceso universal.

El caso fue el resuelto en la Resolución No. 870-2002/TDC-INDECOPI de fecha 11 de Diciembre del 2002. Se trata de la denuncia presentada por Aerocontinente contra el Banco de Crédito.

En el caso, Aerocontinente denunció al Banco porque éste se negaba a abrirle cuentas corrientes en su agencia de Puerto Maldonado. Dichas cuentas permitían depositar el dinero de las operaciones de la aerolínea en la localidad y hacer las transferencias correspondientes con mayor facilidad.

El Banco se había negado a abrir las cuentas sosteniendo que en una ocasión anterior Aerocontinente se había negado a entregar sus estados financieros, lo que había impedido conocer a su cliente y sobre todo controlar posibles actos de lavado de

dinero. Por ello, luego del cierre de las cuentas, el Banco sostenía que Aerocontinente pretendía evadir la entrega de sus estados financieros mediante la argucia de pedir una reapertura de cuentas.

La Comisión consideró que efectivamente el Banco de Crédito gozaba de posición de dominio en este tipo de servicios financieros, pero que sin embargo la negativa estaba justificada en la negativa de Aerocontinente a proporcionar los estados financieros anteriormente.

La Sala repite su argumento del “comunismo empresarial” y señala que deben protegerse las finalidades sociales (¿?) protegidas por el Derecho de la Competencia.

Para ello repite, esta vez con características olímpicas, el salto a la garrocha del problema del perjuicio. En el caso de ELECTROCENTRO que comentamos líneas arriba, estábamos frente a una empresa que se negaba a brindar un servicio adicional (alquiler de postes) a su actividad ordinaria (distribución de electricidad). Pero en este caso el Banco se había negado a brindar uno de sus servicios ordinarios: apertura de cuentas bancarias. ¿Qué explicación podría tener un banco para negarse a ganar con el servicio de cuenta corriente que es parte de su propio negocio? Sólo una razón comercial válida (y la que dio parece bastante razonable) justificaría la pérdida de negocio.

Pero sobre todo, resulta clarísimo que el Banco no tiene ningún interés en el mercado de aerolíneas. Salvo el avión privado de Dionisio Romero, no parece existir ningún otro interés del Banco en volar aviones. Por ello su conducta no puede ser catalogada como anticompetitiva.

Pero el “olimpismo” del salto de garrocha a la exigencia legal de acreditar el beneficio de la práctica es superado por el “efecto comodín” o la “clonación impropia” del concepto de facilidad o recurso esencial.

Es primera vez que escucho que una cuenta corriente es indispensable para volar un avión de pasajeros. Con ese concepto casi todo es facilidad esencial. Así, la Resolución que comentamos ha creado una equivalencia entre una cuenta bancaria y una pista de aterrizaje.

Y la demostración del absurdo está en el propio expediente. Aerocontinente viene volando hace casi cinco años a Puerto Maldonado sin cuenta corriente en el Banco de Crédito. Desde el 3 de Julio de 1998 no tiene cuentas. Si a la empresa de carga de maletas no le dan acceso a la plataforma no baja ni una maleta. Si a Americatel no le dan acceso a la red de Telefónica no puede captar una sola llamada de dicha red. Pero Aerocontinente despegó y aterrizó pasajeros sin mayor contratiempo. Lo que la historia real demuestra es que Aerocontinente sustituyó el uso de la cuenta corriente

con alguna alternativa técnica y económicamente válida. Ninguno de sus capitanes tuvo que dar la vuelta a su avión y regresarse a Lima porque no había cuenta en el Banco de Crédito ni se dejó de vender pasajes por esa razón. No existe facilidad esencial, pero con la nueva teoría cualquier cosa es facilidad esencial. Se puede así completar la mano de póquer cuando falta una carta. Y en este caso faltan dos: el de beneficio del encausado y el de estarse negando a proporcionar una facilidad esencial. Con ese nivel de discrecionalidad, el Tribunal de INDECOPI puede ordenar la celebración de un contrato casi en cualquier supuesto.

Pero además habría que preguntarse cómo la negativa en abrir la cuenta corriente afectaba la capacidad de competir de Aerocontinente. No conozco el mercado de aerolíneas lo suficiente como para emitir juicios categóricos. Pero se me hace difícil imaginar que el costo de usar mecanismos alternativos a una cuenta corriente sea un componente importante de los costos de operación de una aerolínea, esto es, que ese hecho pueda sacarla del mercado o restringir su posibilidad de competir con otras aerolíneas. El razonamiento de la Sala no puede ser sino calificado como un manejo ligero, por decir lo menos, de los conceptos, y una orfandad de análisis total sobre el concepto central usado para sancionar.

Pero el asunto no queda allí. El razonamiento para calificar la cuenta corriente como una facilidad esencial es realmente increíble. El Banco alegó que existían alternativas para el transporte de dinero. En particular sostuvo que podían usarse servicios de transferencia de dinero (lo cual no es descabellado para alguien que despega y aterriza aviones de la localidad y por tanto puede trasladar bolsas con dinero en su bodega como entiendo lo hace prestando servicios a terceros) sino que incluso el Banco de la Nación da un servicio de corresponsalía que permite transferencias de fondos. La Resolución del Tribunal califica esas alternativas como sustitutos no adecuados. Dice que la acción de corresponsalía no se ajusta al proceso de depósito en una cuenta. Ello es una calificación absurda. Es un concepto básico de Derecho de la Competencia saber que el nivel de sustitución no se puede determinar usando sólo como argumento que el servicio o bien no se parecen física o estructuralmente. Es la finalidad del servicio lo que importa, relacionado al hecho de que el consumidor encuentra alternativas razonables, y el costo que ello implica. Un Mercedes Benz se parece a un Tico, pero no son sustitutos porque si subes el precio del Tico la gente no va a comprar Mercedes. En cambio se podría determinar que las cerraduras de seguridad y las alarmas a distancia son sustitutos porque los consumidores giran de una a la otra ante modificaciones de precios. Ello a pesar que no se parecen en nada. Pero la resolución no analiza para nada este aspecto.

Sobre la base de esta curiosa argumentación el Tribunal le ha prohibido a los Bancos con posición de dominio negarse a contratar salvo que tenga causas objetivamente demostrables, "...sin que en este caso particular pueda alegar como sustento de la negativa la aplicación de las líneas de política interna que la entidad tuviera establecida". Es decir que a partir de la fecha quien decide si se abren cuentas corrientes o se presta dinero en Puerto Maldonado ya no es el Banco de Crédito, sino la Sala de Defensa de Competencia del INDECOPI. Es más, le doy al lector un consejo. Si no tiene historial de crédito, y por tanto no le pueden negar objetivamente un préstamo, presente su solicitud a la agencia de Puerto Maldonado: tiene crédito asegurado.

Cuando le he comentado el caso de la cuenta corriente como facilidad esencial para el servicio que presta una aerolínea a casi una docena de entendidos nacionales y extranjeros no han podido ocultar su sorpresa y más de uno ha estallado en una carcajada. Aunque la verdad un llanto parece una reacción más propia.

Se ha logrado además algo que Alan García no pudo hacer en los ochenta, y es calificar los servicios bancarios como una suerte de servicio público cuando la empresa tiene posición de dominio, porque con la nueva decisión se ha instaurado el concepto de servicio universal en la actividad bancaria.

Aquí, el movimiento hacia "el lado oscuro" toma más forma. Darth Vader está a punto de colocarse su celebre casco y su capa negra. El nivel de discrecionalidad ganado no sólo preocupa por el concepto aplicado, sino porque se podrá hacer con otros conceptos similares para aplicarlos "al gusto del cliente".

Pero aún hay más.

#### 4. EPISODIO III: LA LUCHA POR LAS NAVES

Cuando se escribe el presente trabajo aún no se conoce el título del Episodio III de la Guerra de las Galaxias. Por la secuencia histórica, se sabe que en el Episodio II Anakin Skywalker aún era bueno y estaba siendo entrenado por los Jedis para ser uno de ellos, pero mostraba claros signos de estar siendo arrastrado por "el lado oscuro". Sabemos que en el Episodio IV Anakin aparecerá convertido en el siniestro Darth Vader<sup>16</sup>. Es fácil concluir que en el Episodio III se culmina el tránsito de este personaje hacia el lado oscuro.

Eso es precisamente lo que ocurrió en el caso de la Sala de Competencia Tribunal del INDECOPI. En su

tercera Resolución sobre libre competencia la Sala da muestras de cómo busca argumentos para darle la razón a quien desea, no basado necesariamente en criterios técnicos y para ello flexibiliza los conceptos para seguir convirtiendo el Derecho de la Competencia en un Derecho de Competencia Social, discrecional, y por tanto con contenidos manipulables políticamente, consolidando la línea populista que ya se percibía en los anteriores Episodios. El caso que analizaremos es el de los prácticos marinos, es decir quienes pilotean las naves para entrar a un puerto. Por ello podemos denominar al Episodio III "La Lucha por las Naves".

Existe consenso tanto en la doctrina económica como en la legal que los carteles y los acuerdos restrictivos horizontales (es decir entre competidores) son las prácticas más dañinas a la competencia. Esto será analizado más adelante con mayor detalle. Es importante, sin embargo, destacar que los acuerdos para restringir competencia y fijar precios entre competidores motivan las reacciones más duras de las autoridades de competencia en el mundo y es claro el endurecimiento que se ha mostrado en los últimos años.

Así, mientras los demás países del mundo se vuelven más estrictos contra los carteles de este tipo, veremos cómo el Tribunal del INDECOPI va contra la corriente y se flexibiliza, para ganar discrecionalidad, línea que se confirmaría, como veremos más adelante, en el caso del SOAT, el último Episodio de esta historia.

El endurecimiento de la posición mundial se demuestra, sin dejar un ápice de dudas, en un reciente reporte de la OECD sobre los "Hard Core Cartels"<sup>17</sup>. El reporte analiza claramente la tendencia mundial a tratar más severamente las posiciones contra una práctica que es calificada como una de las más dañinas, en especial en los países en desarrollo.

Como veremos en un próximo Episodio, el carácter extremadamente dañino de los carteles y acuerdos restrictivos entre competidores llevaron a que estas prácticas sean consideradas en la doctrina mayoritaria y en nuestra legislación como "*per se*" ilegales, esto es que no admitían excusas o justificaciones. Esa regla además disminuía la discrecionalidad del funcionario en casos donde dicha discrecionalidad no era necesaria.

El problema de una línea dura contra los carteles para quien quiere tener una aproximación populista, es que reduce discrecionalidad y puede ser políticamente inconveniente. Muchas veces es el propio Estado o ciertos políticos los que promueven, avalan y defienden carteles. A veces la presión política viene por carteles

<sup>16</sup> Ello porque, como los fanáticos de La Guerra de las Galaxias saben el Episodio IV fue en realidad la primera película, luego se filmó hasta el VI que tiene el desenlace de la serie. Después de varios años recién se filmaron el I y II y se está a la espera de que se filme el III.

<sup>17</sup> Organization for Economic Co-Operation and Development –OECD–. "Hard Core Cartels. Recent Progress and Challenges Ahead". 2003. Revisar especialmente las páginas 15 a 19, donde se analiza el endurecimiento de las posiciones de los países hacia este tipo de prácticas.

entre grupos económicos grandes con llegada al gobierno, y que por tanto necesitan que se les aprueben excusas o exenciones, o simplemente que se busque una manera de salir bien librados de un proceso.

Pero en otros casos quienes buscan excepciones son carteles de otro tipo de empresas o productores, pero que representan a grupos con capacidad de presión política y social, y que dan lugar a reacciones populistas. Es común encontrar esas situaciones en acuerdos entre agricultores, que suelen ser los beneficiados más frecuentes de tratamientos discriminatorios en los sistemas comparados a nivel internacional, permitiéndoles que se cartelicen para mantener sus precios altos.

En el Perú tenemos el reciente caso de la aprobación de precios mínimos para el transporte terrestre. Esos grupos hicieron huelgas y tomaron carreteras para presionar al Gobierno para que les permitiera cartelizarse en el precio. El Gobierno cedió a las presiones y aprobó el cartel, dándoles incluso respaldo legal mediante la dación del Decreto Supremo No. 045-2003-MTC de fecha 2 de agosto de 2003<sup>18</sup>.

Estos carteles son protegidos por fundamentos más "populistas" y se usan argumentos similares a los que se utilizan para defender la existencia de sindicatos en la esfera laboral, es decir, que la existencia de empresas supuestamente grandes con capacidad de abusar (una suerte de empleadoras abusivas) justifica la cartelización para que, en aplicación del adagio "la unión hace la fuerza" un grupo de "pequeños productores" se puedan defender "de las fuerzas salvajes del mercado" que permiten el aprovechamiento de los más grandes.

Sin embargo el argumento de la "debilidad" es bastante engañoso, pues estas prácticas suelen perjudicar a los consumidores, los que se ven forzados a soportar precios más altos, a pesar de estar en la mayoría de los casos en una situación más "débil" y de no contar con las mismas herramientas de defensa. Si las autoridades ceden a las presiones de estos carteles, sólo consiguen perjudicar a los consumidores, y a la eficiencia en su conjunto, basados sólo en argumentos redistributivos mal entendidos, pues sólo

trasladan riqueza de los consumidores a los integrantes del cartel, es decir, generan un efecto distributivo regresivo<sup>19</sup>.

La forma más discrecional y burda de proteger carteles es mediante el reconocimiento legislativo de excepciones. Así en ocasiones la legislación expresamente reconoce la posibilidad de aprobar excepciones en ciertos supuestos al carácter sancionable de un cartel. Esa fue la línea seguida por la Comunidad Económica Europea por décadas. Dicha posición, sin embargo, está en franco retroceso en el mundo, incluso en Europa, como veremos más adelante, y es parte de la línea de endurecimiento mundial que se mencionaba en el reporte de la OMC que acabamos de citar. Los supuestos que suelen contemplarse en las legislaciones van desde la mejora de los aparatos productivos, el evitar la quiebra de empresas, el maximizar la capacidad exportadora, entre otros. El común denominador es, sin embargo, cláusulas tan generales que permiten justificar casi cualquier cosa.

En el Perú, en la versión original del Decreto Legislativo 701, se admitía la posibilidad de aprobar excepciones a carteles, tal como estaba reconocido por el artículo 7 de la norma<sup>20</sup>, el que fuera derogado por el Decreto Legislativo 788, justamente para evitar el despropósito de proteger carteles a expensas de los consumidores. Hoy ese régimen, al menos según la Ley, ya no existe<sup>21</sup>.

La otra forma de buscar lo mismo es mediante la relajación de la regla aplicable, no considerando los carteles "per se" ilegales, sino sujetos a la regla de la razón. En realidad se enmarca en la misma línea de las excepciones legislativas, sólo que esta vez puede ser incluso más discrecional, porque la excepción se deja sujeta a una cláusula abierta o general, evaluable caso por caso. Esta es la línea que se siguió en la jurisprudencia contenida en la ya tristemente celebre Resolución del SOAT que será objeto de análisis en un próximo Episodio de este trabajo.

La tercera forma de hacerlo es quizás la más burda: "hacerse el loco". Esto quiere decir "hacerse de la vista gorda" buscando algún argumento curioso para no sancionar, tratando de caracterizar los hechos de una

<sup>18</sup> Recientemente la Comisión de Acceso al Mercado, presidida por José Chueca, en la Resolución de los Expedientes 017-2003 y 032-2003 CAM declaró las acciones tomadas por el Gobierno en este extremo como barreras ilegales e irracionales de acceso al mercado. Dicha Resolución, que muestra una actitud valiente y decidida de defensa de los consumidores y su libertad económica, enfrentando los abusos del Estado, debería marcar la línea que debe seguir INDECOPI frente a los carteles y el apoyo gubernamental a los mismos. Sería una suerte de búsqueda por "El Regreso del Jedi" que evite la caída hacia el "lado oscuro de la Fuerza". Esto ha sido confirmado recientemente por el tribunal.

<sup>19</sup> Es importante destacar que hablamos no sólo de los consumidores directos del bien o servicio involucrado, sino de los consumidores finales. Por ejemplo en el caso de los precios mínimos del transporte, si bien el traslado inicial del costo mayor del servicio es pagado por las empresas que contratan directamente el transporte de carga, ese sobrecosto es a su vez trasladado al precio final de los productos transportados y es finalmente soportado por una infinidad de pequeños consumidores finales.

<sup>20</sup> "Artículo 7.- La Comisión Multisectorial de la Libre Competencia podrá autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas a que hace referencia el artículo 6 o categorías de los mismos, en los siguientes casos: (...)"

<sup>21</sup> Decimos según la Ley porque, como veremos más adelante, el Tribunal pretende reinstaurarlo por la vía de la jurisprudencia en abierta contradicción al texto de la Ley.

manera distinta a cómo los hechos son en realidad, o poniendo estándares de prueba curiosos para no sancionar. Cuanto más pruebas haya para demostrar la existencia del cartel, más burdo tendrá que ser el argumento y más evidente será que la autoridad “se está haciendo la loca” con el tema. Eso es precisamente lo que pasó con el caso de “La Lucha por las Naves”. Veamos qué criterios desarrolló el Tribunal para dotarse de discrecionalidad en un área en la que la legislación no deja mucho espacio para hacerlo.

El caso fue resuelto por el Tribunal en la Resolución No. 0131-2003/TDC-INDECOPI de fecha 11 de Abril del 2003. Se trataba de la denuncia presentada por la empresa MAERSK PERU S.A. contra la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos (APPM) y las empresas PILOT STATION S.A. (PILOT), PRATMAR S.R.L. (PRATMAR) y SEAWELL S.A. (SEAWELL). Entre los cargos de acusación estaba el de haber entrado en acuerdos o recomendaciones restrictivos de la competencia<sup>22</sup>.

MAERSK, la denunciante, es una empresa dedicada a la recepción, despacho y abastecimiento de naves. Para desarrollar su labor se veía en la necesidad de contratar los servicios de practicaje marino.

Un práctico es una suerte de capitán capaz de conducir y orientar una nave cuando ésta entra a un puerto. Su función es asesorar al capitán de la nave y de los remolcadores para llevar a cabo las maniobras para entrar y salir del puerto. Se trata por tanto de una persona especializada en las labores de guiar el buque para su recepción y posterior zarpe del puerto. Para ello el práctico está familiarizado con el puerto en el que opera, lo que le permite dirigir la nave de manera segura.

La acusación central planteada era que los prácticos marinos, a través de la asociación que los agrupaba (la APPM) había dispuesto que todos los prácticos quedarían agrupados en sólo tres empresas, las que tendrían una tarifa común. Incluso el acuerdo era que sólo una de ellas (PILOT) brindaría servicios de manera efectiva, mientras las otras dos (PRATMAR y SEAWELL) serían solo una careta para aparentar la existencia de competencia entre las empresas. De esta manera los prácticos habían conseguido restringir la competencia entre ellos, fijando tarifas más altas que las que se tendrían si es que existiera competencia.

La Comisión, en primera instancia, declaró fundada la denuncia, considerando que existía una concertación para fijar precios y condiciones en el servicio de practicaje. El Tribunal revocó la resolución de la Comisión y declaró infundada la denuncia por prácticas restrictivas.

Cuando uno evalúa los hechos del caso, y en especial las pruebas encontradas por la Comisión no puede sino dejar de sorprenderse de cómo fue posible que fuera declarada infundada la denuncia, cuando los acuerdos estaban acreditados y la intención de reducir la competencia mediante ficciones legales estaba inequívocamente expresada por las denunciadas.

En el puerto del Callao existían 36 prácticos autorizados, los que estaban agrupados en 18 empresas diferentes. Sin embargo todo cambió a partir del 8 de Enero del 2001, fecha en la que la APPM emitió una curiosa circular. La misma señalaba:

«Por lo anterior tenemos a bien informarles que todos los profesionales independientes abajo firmantes teniendo en cuenta los dos puntos anteriores adicionándose el hecho de haber conseguido mejores condiciones laborales a partir del día de mañana 8 de Enero 2001 únicamente nos desempeñaremos a través de las siguientes Empresas:

PILOT STATION S.A.  
Gerente: Capitán Elisban Rodríguez,  
33 Prácticos,  
Av. Buenos Aires 341 Oficina 401,  
Teléfonos: 4298764 - 9234686.

SEAWELL S.A.  
Gerente: Capitán Juan Maguiña Bustos,  
1 Práctico,  
Av. Almirante Miguel Grau 343 oficina 404.

PRATMAR S.A.  
Gerente: Capitán Víctor Tirado Silva,  
2 Prácticos,  
Av. Buenos Aires 341 Oficina 403. (...)»<sup>23</sup>

Claramente la circular contenía una decisión comunicada por el Gremio que agrupaba a los prácticos, dando cuenta del hecho de que los prácticos quedaban agrupados en empresas con números predeterminados de prácticos en cada una. Es importante anotar este hecho porque es totalmente ignorado por el Tribunal. Dado que los prácticos sólo pueden realizar un número limitado de maniobras diarias, dicha división, comunicada por un ente asociativo que agrupaba a los prácticos, y no por una empresa en particular, estaba dividiendo el mercado y definiendo un nivel de concentración no movible. Se trataba de una simple división de mercados convenida entre la agrupación que reunía a todos los ofertantes en el mercado relevante.

Los alcances de la decisión quedan aún más claros si uno lee uno de los antecedentes de la circular

<sup>22</sup> Por una Resolución anterior se descartó que se procese a las denunciadas por abuso de posición de dominio (Resolución No. 0417-2002/TDC-INDECOPI de fecha 7 de Junio del 2002) en base a un problema probatorio que carece de relevancia para el análisis que efectuamos en el presente trabajo.

<sup>23</sup> Circular emitida por la APPM. A fojas 000003-000005 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

mencionada, es decir el informe de fecha 31 de Diciembre del 2000, redactado por Arnulfo Gómez, accionista y práctico de PILOT: «Informo que viaje (sic) por motivos de trabajo a la ciudad de la referencia donde me entreviste (sic) con el Presidente delegado del sindicato de Prácticos de México en dicho puerto. Se le solicitó asesoría para la formación de una unión de prácticos en el Callao (sic) y lo indicado abajo fueron sus comentarios. (...) para los mexicanos es conveniente escuchara (sic) las lamentables experiencias de otros países para que sus afiliados jamás piensen que solo (sic) van a estar mejor, y los visitantes aprenden una forma de lograr la unión. (...) cada práctico según turno debe hacer la maniobra en la nave que le toca. Esta prohibido (sic) la relación personal de los prácticos con las agencias. Existe un coordinador de pilotos elegido el cual es el único que puede comunicarse con las agencias ante cualquier problema y es el encargado en primera instancia en hacer iniciado el cobro de facturas si después de los 3 días después del servicio no han cancelado, en caso que no haya efecto, se comunica con el presidente delegado, quien también interviene, en caso que tampoco haya efecto el presidente delegado comunica al secretario General, el secretario General se dirige a la secretaria (sic) de transporte del Gobierno y solicita cancelación de licencia de la Agencia morosa, hasta ahora les ha dado resultado (...) En Veracruz existen 8 prácticos, cuando cumplen los 65 años deben retirarse alguno (sic) de ellos, los prácticos en consenso deciden si el tráfico amerita reemplazarlo, en caso que decidan hacerlo convocan mediante concurso a capitanes con 5 años de experiencia al mando de naves mayores de 5,000 TRB, una vez elegido el práctico firma un compromiso con el sindicato de lealtad y en caso viole será demandado, en el contrato se especifican que leyes vigentes se estaría trasgrediendo (sic), una vez ello se comunica a la autoridad que el sindicato ha decidido entrenarlo, no se acepta que la autoridad decida sobre este asunto. (...). El practico (sic) no tiene compromiso formal con la empresa de prácticos del puerto solo (sic) con el sindicato, es por ello que un practico (sic) es el representarte (sic) del sindicato nacional y por ello también tienen un poder inmenso, que no es abusado. (...) En caso que la privatización y las leyes antimonopólicas les presionen ellos están preparados para formar 3 empresas, gobernados por el sindicato con mínimas diferencias de tarifa y manteniendo el mismo principio de turnos de guardia como si fuera

una misma. Todos los prácticos obligatoriamente son afiliados al sindicato. El práctico que intente traicionar al sindicato prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmó antes de ser práctico, se inicia solicitando la cancelación definitiva de la licencia de la autoridad marítima, adjuntando un expediente respectivo, si la autoridad se resiste se acude a los tribunales»<sup>24</sup>.

El informe refleja todo un plan “delictivo” (aunque quizás las comillas sobran porque la concertación de precios esta tipificada como delito en el Código Penal) dirigido a desarrollar un esquema para mantener el precio alto. Lo que la comunicación muestra es la intención de crear una estructura meramente formal para crear un esquema anticompetitivo.

Esto se confirmó con una comunicación de fecha 29 de enero de 2001 en la que el Presidente de la APPM, señor Luis Loyola Soto se dirige al Secretario General de la International Maritime Pilot Association, en la que señala que «Antes habían 17 compañías de practica en el Callao. Ahora estamos trabajando con sólo una, su nombre es Pilot Station, las otras dos compañías Seawell y Pratmar figuran sólo para las leyes peruanas y no semejar a un monopolio. (...) Ahora nuestra compañía junta a 36 pilotos del Callao (...)»<sup>25</sup>.

Durante todo el expediente los denunciados reconocieron que su intención era “protegerse” de los abusos manteniendo una “remuneración justa”. Como se señala en la Resolución que comentamos “Las denunciadas coincidieron en señalar que las condiciones laborales de los prácticos marítimos, una vez que fueron liberalizados sus servicios, eran sumamente desfavorables e injustas, no sólo por las condiciones del mercado, sino además por la propia naturaleza del servicio<sup>26</sup>. Indicaron que ello había motivado su decisión de desarrollar una política unificada a través de las tres empresas administradoras de prácticos marítimos, a fin de cobrar directamente sus honorarios y obtener mayores beneficios laborales y económicos”.

Nadie negó que así habían sido los hechos y que esa era la intención. Diversas declaraciones de representantes de los denunciados confirman que: (1) existió un acuerdo adoptado en el seno de la APPM, es decir, fuera de las empresas; (2) que la forma de restringir la competencia no provenía de un acuerdo empresarial, sino de un acuerdo gremial; (3) el acuerdo restringía la posibilidad de los prácticos de actuar por

<sup>24</sup> Informe de Arnulfo Gómez Ríos al Presidente de la APPM sobre la visita del primero a Veracruz, México. A Fojas 000118-000119 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

<sup>25</sup> Comunicación del 29 de enero de 2001 dirigida por Luis Loyola a Nick Cutmore. A fojas 000121 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

<sup>26</sup> Las denunciadas manifestaron que los servicios de practica fueron controlados por las agencias marítimas, que incluso cobraban un porcentaje de los honorarios de cada práctico marítimo por el hecho de haberles conseguido la oportunidad de trabajar. Por otro lado, las denunciadas indicaron que el marco normativo que regulaba la prestación de los servicios de practica no permitía desarrollarlos en sana y leal competencia, justamente por las arbitrariedades y desigualdades que se presentaban en relación con las agencias marítimas.

su cuenta o constituir otras empresas; (4) era la asociación y no los prácticos ni las empresas, la que negociaría la tarifa con las navieras y (5) la intención declarada y no ocultada era conseguir, por la vía de la acción conjunta, el incremento de los niveles de tarifas.

Las condiciones señaladas configuran lo que se llama un cartel, se mire por donde se mire. Lo único particular en el caso es el uso de un lenguaje "sindical" para dar la impresión de acuerdos de defensa de derechos laborales y el uso (totalmente inefectivo, salvo para el Tribunal) de una careta empresarial con la intención declarada de evadir las normas antimonopolios.

Asombrosamente el Tribunal le da luz verde al cartel planteado en estos términos. En primer lugar, si bien no lo dice categóricamente, la Resolución que comentamos reconoce una suerte de legitimidad en el uso de concertaciones para la defensa de intereses económicos, muy similar al argumento que se usa para proteger los acuerdos de un sindicato laboral<sup>27</sup>.

Como dijimos no es extraño que se use el disfraz del "sindicalismo" laboral para ocultar o justificar un cartel. Lo curioso es que se avale por la autoridad de competencia.

Los sindicatos laborales son, doctrinaria y legislativamente, una excepción a las normas de competencia. Económicamente un sindicato no es otra cosa que un cartel, en el que los oferentes de un servicio se ponen de acuerdo para negociar o intentar imponer un solo precio por dichos servicios.

En el Perú la excepción se deriva del reconocimiento constitucional del derecho de sindicalización y del de negociación colectiva, contenidos en el artículo 28 de la Constitución. Así, si bien un acuerdo sindical es económicamente una práctica restrictiva, la norma de competencia no se aplica porque la Constitución y el resto del marco legal reconocen la legitimidad de este tipo de acuerdos<sup>28</sup>.

Pero siendo una excepción ésta no se puede aplicar por analogía<sup>29</sup>, y por tanto no cabe reconocer este mecanismo de defensa de los intereses para manejar

una remuneración en conjunto, fuera del ámbito estrictamente laboral.

No deseamos que se nos malinterprete. No estamos diciendo que una organización gremial no puede defender los intereses de los agremiados. Lo que estamos diciendo es que les está vedado intervenir para conseguir, por la vía de la unificación del precio mediante acuerdos, elevar las tarifas que cobran, distorsionando el buen funcionamiento del mercado o definir cuál va a ser la estructura futura del mercado y el número y forma de las empresas participantes.

Pero el argumento más curioso del Tribunal es señalar que no puede haber cartel porque hay una sola empresa y no cabe cartelizar entre una empresa que opera y dos que no operan. En otras palabras, argumenta que no puede haber cartel con una sola empresa operando. Esto lo suman a un segundo argumento según el cual, no estando controladas las fusiones en el Perú, lo que vemos es un simple acuerdo de fusión, y como tal "per se" legal. Así la Resolución bajo comentario señala: "De acuerdo con las comunicaciones reseñadas en la sección precedente, la verdadera intención de la 'Decisión' tomada por la APPM consistió en lograr la monopolización del mercado, lo cual no es en sí mismo cuestionable dentro del ordenamiento peruano en materia de Libre Competencia. La siguiente frase es ilustrativa respecto a dicha intencionalidad: "Ahora estamos trabajando con sólo una, su nombre es Pilot Station, las otras dos compañías Seawell y Pratmar figuran sólo para las leyes peruanas y no semejar a un monopolio"<sup>30</sup>. Los prácticos reunidos en la APPM decidieron prestar los servicios de practicaje exclusivamente a través de una sola empresa -PILOT STATION-, eliminando totalmente, por consiguiente, la competencia a nivel de la oferta de servicios de practicaje. A partir del momento de la implementación de la 'Decisión', las agencias marítimas se vieron obligadas a contratar indefectiblemente con PILOT STATION a fin de obtener la provisión del servicio de practicaje en el Terminal Portuario del Callao<sup>31</sup>. Esta es la consecuencia típica de la formación de un monopolio y, se reitera que ello no es cuestionable

<sup>27</sup> Esto me lo hizo notar José Juan Haro en una charla dada a los miembros del Instituto de Derecho de los Servicios Públicos -IDESER- el día 9 de Septiembre del 2003. Como acertadamente señaló en su exposición la Resolución denota una preocupación de que los "pobres prácticos" eran víctimas de abusos por las "poderosas" navieras y que por ello era legítimo que concertaran para defenderse.

<sup>28</sup> "Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
- La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones".

<sup>29</sup> Según el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil: "La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

<sup>30</sup> Comunicación del 29 de enero de 2001 dirigida por Luis Loyola a Nick Cutmore. A fojas 000121 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

<sup>31</sup> Entrevista a la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos. 8 de febrero de 2001. A fojas 000095 vuelta del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

"(...)

-Y ellos [refiriéndose a las agencias marítimas] cómo, con quién contratan...?

- Con nosotros ahora, no tienen otra forma.

"..."

dentro del marco establecido por el ordenamiento peruano en materia de Libre Competencia, el cual no condena los monopolios *per se*".

Y luego continúa diciendo: "La presencia de PRATMAR y SEAWELL no es más que un distractor diseñado expresamente para obstaculizar una posible intervención de la Autoridad de Competencia. En ese orden de ideas, PRATMAR y SEAWELL no actúan realmente como competidores en el mercado del servicio de practica; aquellas empresas deben ser consideradas meramente ficciones a efectos de la aplicación de las normas de Libre Competencia".

Y ello lleva a la Sala a concluir: "El corolario de la determinación de la realidad -la ausencia de competencia efectiva para PILOT STATION- a efecto del presente procedimiento, es que no puede discutirse la existencia de prácticas restrictivas a la libre competencia en la modalidad de concertación de precios, en un mercado signado, precisamente, por la inexistencia de competencia, es decir, en un monopolio".

El argumento usado carece por completo de lógica, y muestra que el Tribunal ha "desenfocado" el centro del problema. Un acuerdo de fusión es aquel en que dos o más empresas se juntan, *por decisión de las empresas*. Pero en este caso hay una decisión del gremio, para asignar unidades productivas e impedir que estas unidades puedan desensamblarse o crear nuevas unidades independientes. En el fondo es una simple repartición de mercado. Y el tema resulta aún más grave si se tiene en cuenta que estamos en un mercado con altas barreras de entrada, pues se requiere de una autorización estatal para entrar como práctico, pero para que se dé tal autorización los mismos prácticos tienen que entrenar a los nuevos, cosa en lo que, evidentemente, no colaboran los existentes.

La mejor forma de entender el desenfoco es con un ejemplo. Imaginemos que el día de mañana el Colegio de Abogados adopta una decisión de acuerdo a la cual el propio Colegio decide a dónde va a ejercer su profesión un abogado. Decide entonces que sólo van a haber tres estudios y que el Colegio determinará el número de abogados que tendrá cada uno. Además el Colegio establece un sistema de sanciones a quienes no respeten sus acuerdos. Finalmente establece que los tres estudios cobrarán lo mismo. ¿Es contrario ello a la libre competencia? Evidentemente que sí, pues se está acordando repartirse en un número de unidades, con un número de abogados cada una y con tarifas comunes.

Es que en la decisión de la Sala hay un salto lógico. No es que las tres empresas se crearon espontáneamente. Tampoco es que decidieron fusionarse unas con otras espontáneamente. Se

crearon por un acuerdo gremial. No es una concentración pues el acuerdo justamente limitaba la posibilidad de constituir otras alternativas.

Ahora quizás se trate de argumentar que ese no es el caso porque en realidad el acuerdo no creó tres empresas, sino una sola (PILOT) y dos ficciones (PRATMAR y SEAWELL). Pero ello no cambia la situación. Si el Colegio de Abogados determinara que sólo puede haber un solo Estudio en el Perú, su acuerdo sería uno de cartel, no una concentración. El efecto más dañino está en el control de la asociación gremial sobre el tamaño, forma y conducta de las empresas a las que se incorporan sus asociados. Ese es el verdadero acuerdo anticompetitivo. El mensaje que ha mandado la Sala es realmente contradictorio: cuando quiera cartelizarme lo mejor es crear una ficción grande que opere como si compitiera y dos ficciones chicas que actúen como si no compitieran. Con ello estaré "libre de reproche".

Ya la Sala anterior había advertido sobre este tipo de acuerdos aparentemente asociativos que en realidad no los eran. Así, en la Resolución No. 276-97-TDC en el proceso contra la Asociación Peruana de Avicultura y otros, la Sala señaló: "En particular, la Sala estima conveniente dejar claramente sentado que cualquier modalidad de concentración empresarial que en la realidad no conlleve una modificación permanente de las estructuras de las empresas involucradas, siendo por el contrario una mera simulación o 'careda' para ocultar una restricción de competencia entre los agentes económicos, debe ser sancionada como cualquier otra concertación -esto es, será considerada una práctica *per se* ilegal-".

Sólo para mostrar cómo la Sala deja pasar lo evidente, bastaría recomendar, con este nuevo antecedente, que la próxima que se quiera concertar en el mercado de seguros, el gremio decida que sólo tres empresas venderán el SOAT, y las demás se dedicarán a otras modalidades de seguro (vida, salud). Evidentemente ello sería un cartel, pero como se confunde la decisión gremial con la empresarial, entonces uno dice que los que están sentados en el gremio son los mismos que están sentados en la empresa y por tanto se trata de una decisión empresarial.

Aquí se nota claramente cómo este elemento "social" genera discrecionalidad. ¿Tiene el lector alguna duda que los prácticos desarrollaron una práctica más nociva a la competencia que negarse a abrir una cuenta corriente a una aerolínea? En mi opinión no existe duda alguna. ¿Entonces por qué salieron "libres de reproche"? Simplemente porque su posición era "socialmente" justificada. Con ello la discrecionalidad permite castigar lo inofensivo y liberar lo realmente nocivo. Y todo porque era social o políticamente sensible.

En todo caso el movimiento hacia “el lado oscuro de la Fuerza”, es decir, hacia el uso discrecional del poder, continúa.

## 5. EPISODIO IV: UNA NUEVA ESPERANZA

El Episodio IV de la Guerra de las Galaxias fue en realidad la primera película en filmarse. En ella uno de los dos sobrevivientes de los legendarios Jedis, Obi Wan Kenobi, encuentra a quien luego descubriría ser el hijo de Anakin Skywalker (ya convertido en Darth Vader), Luke Skywalker. Luke había heredado la predisposición de su padre para ser un Jedi y usa los poderes que ello le da, aún incipientes y casi sin entrenamiento, para enfrentar al Imperio liderando a los rebeldes y destruir la temible Estrella de la Muerte, una nave espacial capaz de destruir un planeta completo.

Pocos saben que el Episodio IV que se llevó al cine simplemente como “La Guerra de las Galaxias” se llamaba “Una Nueva Esperanza” (“*A New Hope*”), pues representa el inicio de un proceso para la llegada de un nuevo Jedi capaz de enfrentar a Darth Vader.

Lamentablemente en la historia que seguimos con la metáfora, este Episodio no existe, al menos aún. Si bien lo decidido por la Comisión de Acceso al Mercado y el Tribunal respecto a los precios mínimos para el transporte parece un signo positivo, en cuanto se trata de una decisión técnica, clara e importante, nada indica que ello vaya a hacer cambiar ni a contener la línea del Tribunal dirigida hacia el lado oscuro.

Por ello simplemente pasaremos este Episodio. En todo caso estaremos dispuestos a rescribirlo si la Sala nos da razones para hacerlo.

## 6. EPISODIO V: EL IMPERIO CONTRAATAACA

En el Episodio V el Imperio reacciona ante la destrucción de la Estrella de la Muerte y Contraataaca haciendo retroceder a los rebeldes. El “lado oscuro” se refuerza y se posiciona, podríamos decir que se consolida.

En este Episodio el Tribunal de INDECOPI toma la decisión más importante y representativa de su línea hacia “el lado oscuro”, pero también la más dañina en contra de lo avanzado en las políticas de competencia.

En una decisión que resuelve el llamado caso del SOAT el INDECOPI pretende derogar, por decisión administrativa, el criterio “*per se*” para las concertaciones de precios.

## a. Las concertaciones de precios: discrecionalidad vs. certeza

Las concertaciones de precios pertenecen al tema que da pie a mayor certeza. Si hay un área donde podemos reducir la incertidumbre, si hay un área en la que la discrecionalidad se encuentra relativamente controlada, es precisamente esta. Pero el Tribunal decidió justamente acabar con la certeza y abrir, ahora sí de par en par, la puerta a la discrecionalidad.

La Resolución No. 0224-2003/TDC-INDECOPI, determinó que se sancione a una serie de empresas aseguradoras por concertación de precios en el mercado del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito -SOAT.

En los últimos años la legislación y la jurisprudencia dejaron claro que si un grupo de competidores se juntaban y se ponían de acuerdo para fijar precios comunes en el mercado, ese solo hecho era sancionable. Ello contrasta con la nueva regla que la Resolución que comentamos acaba de “inventar”. Han creado una regla que permite dejar pasar un cartel con el que los funcionarios “simpatizan”. Ahora, con la nueva regla, pueden “hacerse de la vista gorda” con un cartel “auspiciado” por un Ministro o por alguien con “llegada” al gobierno. El cartel vale si es “razonable”. Pero ¿“razonable” para quién? Pues para el funcionario de turno en el INDECOPI.

Cuando una práctica es esencialmente mala, y se puede detectar sus elementos configurantes, se le prohíbe “*per se*”. Por ejemplo, si uno se pasa una luz roja ello es “*per se*” ilegal. Uno puede encontrar casos en los que es “razonable” y “justificable” pasarse una luz roja. Si hay poco tráfico y uno cruza con cuidado no habrá daño y parece razonable no perder tiempo esperando en el semáforo. Pero la Ley no da al policía esa discrecionalidad porque no quiere que si uno se cruza la luz roja haya una regla que le permita “hacerse de la vista gorda” por si quien se paso la luz roja sea el Ministro, el amigo o alguien que le pueda pagar<sup>32</sup>.

Lo que el INDECOPI ha hecho es autorizarse a sí mismo para dejar pasar la luz roja a quien considere puede hacerlo. Antes concertar precios entre competidores era en sí mismo ilegal. No importaba si quienes lo hacían llegaban o no a ejecutar el acuerdo, ni si el precio que fijaban era razonable o si llegaba o no a causar daño. En otras palabras, no se autorizaba al policía a discutir si era razonable pasarse la luz roja a las tres de la mañana y en un momento en que no venían autos hacia la intersección. Claro que habría un beneficio en tiempo de llegar antes a mi casa y el riesgo de un

<sup>32</sup> Sin embargo, esto no quiere decir que todas las infracciones a la libre competencia deban ser consideradas “*per se*” ilegales. Algunas efectivamente quedan sujetas a unas reglas de razonabilidad. Por ejemplo, cambiarse de carril cuando uno conduce su automóvil no es “*per se*” ilegal, porque depende de las circunstancias y de la capacidad para causar daño que tenga la conducta. En ese caso se aplica una regla de la razonabilidad porque sería muy cuestionable que uno ya no pueda cambiarse de carril nunca. En unas ocasiones es conveniente y en otras ocasiones no.

accidente era mínimo. Pero la Ley no ha querido abrir la puerta a esas discusiones. Por el contrario, ha querido que la regla de la luz roja sea clara, incluso bajo el costo de hacer perder algo de tiempo a los automovilistas en las intersecciones.

Claro que es posible discutir si es conveniente o no aplicar una regla "per se" para este tipo de casos. Algunos países (cada vez menos) aplican la regla de la razón. Pero nadie se había atrevido a aplicarla en contra del texto de la Ley y menos aún invocando (increíblemente) el propio texto de la Ley.

Pero la pregunta no es tanto cuál regla es mejor o peor, sino cuál es mejor o peor para dónde. Y si uno tiene una autoridad de competencia con pocos recursos, en un marco institucionalmente débil, con posibilidad de injerencia política, con riesgo de no ser autónoma, la regla clara es mejor que la compleja y ambigua. No es por tanto posible establecer reglas al margen del costo administrativo de aplicarlas. Nunca es más cierto el refrán de que "lo perfecto es el peor enemigo de lo bueno" que cuando uno se encuentra con un burócrata que, creyendo que ha descubierto la pólvora, crea una regla que se ve bien, pero que no se puede aplicar por los costos que ello implica o cuya aplicación va a generar más costos que beneficios.

Desde el punto de vista económico el asunto es muy simple. Toda práctica genera costos y beneficios. En el caso de la concertación de precios el costo es la pérdida de producción generada por la elevación de precios (vamos a denominarlo pérdida o "P"). Por otro lado, el beneficio es lo que la sociedad gana con la concertación (vamos a denominarlo ganancia o "G"). Por su parte el costo de aplicar la regla dependerá de la complejidad de la misma. Una regla muy simple tiene bajos costos administrativos, una regla muy compleja tiene altos costos administrativos. A estos costos administrativos vamos a denominarlos "C" e incluyen no sólo los costos públicos (costos de mantener una autoridad de competencia con capacidad de realizar la investigación y los costos de la investigación misma) y los costos privados (costos de abogados, tiempo del procedimiento) sino también (y el más importante quizás) el costo de incertidumbre en el resultado que afecta las expectativas y la inversión y conduce a conductas estratégicas de los agentes económicos.

Es conveniente prohibir una práctica cuando la diferencia entre las pérdidas y las ganancias resulta superior al costo administrativo de aplicar la norma. En otras palabras:

$$P-G > C$$

Apliquemos la fórmula nuevamente a los accidentes de tránsito derivados de cruzarse una luz roja. En principio el cruce de una luz roja puede tener costos

muy altos, pues eleva sustancialmente los costos de tener un accidente que puede dañar la integridad física o la propiedad de las personas. Por el contrario, los beneficios de pasarse una luz roja (llegar unos segundos más temprano al lugar al que uno va) pueden ser realmente reducidos. Por ello, es más que probable que los costos superen los beneficios por largo. Así, es casi un hecho que la cifra al lado izquierdo de la fórmula (P-C) sea muy elevada y es muy poco probable que sea una cifra negativa, es decir, que las ganancias de cruzarse una luz roja superen los costos de hacerlo. Si bien ello puede ocurrir, será la excepción y no la regla, y la diferencia difícilmente será significativa.

El uso de una regla de razonabilidad para los cruces de luces rojas significa invertir los recursos para poder identificar los raros casos en los que los beneficios son superiores a los costos. Hacerlo permitiría reconocer casos de cruces de luces rojas eficientes para evitar que esa eficiencia se pierda con una regla muy estricta. Pero nótese que para identificar esos pocos casos hay que usar una regla mucho más costosa que la regla *per se*. Así, el costo de identificar unos pocos casos eficientes será muy alto para el beneficio a obtenerse. En esa circunstancia usar una regla clara y barata de aplicar es la mejor opción.

Así, siendo que es poco probable que los beneficios superen a los costos carece de sentido gastar demasiado en determinar si la práctica es eficiente. Por ello es mejor una regla clara que haga que "C" sea un número bajo, pues carece de sentido hacer una costosa investigación para determinar los raros casos en los que las pérdidas son menores que las ganancias.

Por el contrario, colocar una regla compleja, que consuma demasiados recursos para determinar si las ganancias superan a las pérdidas, es un desperdicio de recursos. Y el mayor costo es el de la incertidumbre de la regla, incertidumbre que se deriva del hecho que las reglas complejas generan mayor discrecionalidad y, por tanto, la incorporación de elementos no técnico-legales en la decisión, es decir elementos políticos.

Uno podría definir una regla simple como aquella que tiene el menor número de pasos a seguir para determinar el resultado. Y si esos pasos son además sencillos, más simple la regla. En cambio las reglas de muchos pasos son más complejas, y si los pasos no son fáciles o predecibles, más complejo aún.

La regla *per se* es una regla de muy pocos pasos: "Te pasaste la luz roja, serás sancionado". Por el contrario, la regla de la razón abre una infinidad de pasos, cada uno de ellos difíciles de definir. Así hay que evaluar si existió o podía existir daño, cuál sería el beneficio, qué barreras habían en el mercado, cuál es la participación de los involucrados, cuál es el impacto real o potencial en los niveles de producción, etc.

Lo mismo ocurre con las concertaciones de precios. Carece de objeto tener una regla compleja cuando la posibilidad de error es muy reducida. Así el costo marginal de producir una unidad de certeza no vale el beneficio marginal de evitar un error.

**b. El problema institucional: la debilidad frente al poder del “lado oscuro”**

Como se verá, el problema es institucional más que académico. La Resolución que comentamos es la continuación de una tendencia que se dirige a poner fin a reglas claras y moverse hacia reglas imprecisas que conceden a quienes deciden, y en particular a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, mayor discrecionalidad. A título de ejemplo, justo cuando no es un secreto para nadie que la fijación de precios mínimos para el transporte es insostenible desde el punto de vista de las normas de libre competencia, y que no podría pasar bajo la regla anterior (la famosa regla “*per se*”), se cambia por una regla que permitiría encontrar una salida para no sancionar un cartel sólo porque el Gobierno le dio su respaldo.

La intromisión de elementos políticos en las decisiones de un organismo técnico siempre pasa por aumentar discrecionalidad de los funcionarios. Y es llamativo que estos cambios de criterio se den en un contexto de evidente debilidad institucional del INDECOPI, luego de la salida de la Presidencia de César Almeyda y su reemplazo por un Presidente interino. Todo de la mano de un paulatino y continuo reemplazo de funcionarios con experiencia, para sustituirlos por personas que parecerían en muchos casos carecer de los méritos necesarios. Así, a la ruptura de los candados institucionales de autonomía en las decisiones, se suma el cambio de criterios claros, para cambiarlos por otros imprecisos y que permiten justamente hacer al INDECOPI más permeable a las presiones.

Para colmo de males el cambio se da, en este caso, en un área clave de las políticas de competencia: la lucha contra los carteles de competidores, que precisamente sacan el dinero de los bolsillos de los consumidores, privándolos de su posibilidad de pronunciarse en el mercado.

Entre los argumentos usados para defender el cambio de criterio se ha mencionado públicamente las posiciones de algunos académicos, como es el caso del doctor

Ignacio de León, de Venezuela<sup>33</sup>. El doctor Ignacio de León, quien fuera el Superintendente de PROCOMPETENCIA, el equivalente venezolano de INDECOPI en lo que a libre competencia se refiere, es quizás uno de los académicos más respetados e innovadores en el tema de libre competencia en nuestra región. Sin embargo, usarlo como sustento es no haberlo leído bien y en el contexto de toda su obra y pensamiento.

La posición que él sostiene es que desde el punto de vista estrictamente teórico la regla de la razón es más precisa y permite reconocer la dinámica con la que funcionan los mercados. Pero ello, no puede ser analizado fuera del ámbito institucional en que se aplica la norma. Afortunadamente tuve en estos días la oportunidad de conversar con el Dr. Ignacio de León en extenso sobre el tema en Bolivia, donde ambos somos consultores, y reconoció que es muy peligroso aplicar normas discrecionales en marcos institucionales débiles, en los que las autoridades carecen de recursos adecuados. Ello porque los costos de aplicación de la Ley pueden resultar prohibitivos. Ello es tan cierto que el Anteproyecto de Ley Boliviana de Defensa de la Competencia y de Protección al Consumidor por él preparado tiene la siguiente redacción en la parte pertinente:

“Artículo 8. (Calificación de una conducta como restrictiva de la competencia). La calificación de una conducta empresarial como restrictiva de la competencia estará sujeta a las siguientes condiciones:

- I. Las conductas enumeradas en los incisos a, b, c, d y e<sup>34</sup> del artículo 6 de esta Ley serán prohibidas, siempre que sean ejecutadas o planificadas entre competidores que actúan concertadamente, salvo que ellas sean accesorias o complementarias a una integración o asociación convenida que haya sido adoptada para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva, para promover la innovación o la inversión productiva.
- II. En los demás casos contemplados en el artículo 6 o el artículo 7 la parte actora deberá demostrar la inexistencia de razones económicas que justifiquen la práctica realizada para que las mismas sean sancionadas. Sin embargo la carga de la prueba se invertirá en los siguientes casos:
  - (a) Cuando la conducta o práctica imponga una exclusión del mercado superior a los cinco (5) años contados desde la fecha de ejecución inicial de la práctica; o

<sup>33</sup> DE LEÓN, Ignacio. “Una Nueva Perspectiva Jurídica y Económica de los Carteles de Precios” En: Materiales de Lectura del Seminario Competencia y Regulación, organizado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Estudio Hernández y Rosselló Abogados. 18 de Agosto del 2003.

<sup>34</sup> Justamente las conductas enumeradas en los incisos señalados son las referidas a los típicos casos sujetos a la regla *per se*, pues se refieren a fijar, entre agentes económicos competidores, de manera directa o indirecta, precios, tarifas, descuentos, tasas de compra, de venta o cualquier otra forma de adquisición, o de enajenación de bienes o servicios, u otras condiciones de transacción de ellos; repartirse mercados o fuentes de abastecimiento; limitarse entre agentes económicos competidores la producción de bienes o servicios; restringirse entre agentes económicos competidores el desarrollo tecnológico o las inversiones; y participar o actuar concertadamente en un proceso contractual público o privado abierto al público.

- (b) Cuando la persona que la aplica goce de una posición en el mercado directamente resultante de una habilitación legal exclusiva o actuación administrativa de efecto económico semejante. (...)”.

La posición adoptada por Ignacio de León en el proyecto es precisamente la que la Resolución del SOAT ha pretendido derogar en el Perú, es decir la regla *per se*. El punto I del artículo recoge los acuerdos entre competidores que restringen la competencia por precios como ilegales de facto, permitiendo sólo la defensa de razonabilidad en los demás casos. Nótese que para las concertaciones horizontales el resultado es que están prohibidas y no admiten justificación, salvo la excepción contemplada para los acuerdos complementarios (*ancillary doctrine*) como se desprende de la última parte del referido punto I, que será comentada más adelante.

### c. El “legisidio”: matando la ley y la lógica

Pero, al margen de la discusión teórica ¿Qué dice la Ley Peruana al respecto? Entre las disposiciones del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 se encontraba el inciso a), cuyo texto original prohibía las concertaciones injustificadas de precios y otras condiciones de comercialización. Sin embargo, ese inciso fue modificado por el artículo 11 del Decreto Legislativo 807, retirando el término “injustificado”<sup>35</sup>.

El cambio tenía un claro objetivo. Con la supuesta intención de proteger a los consumidores, los funcionarios de diversos gobiernos se reunían en una mesa con los representantes de gremios o empresas; con el objetivo de fijar precios “equitativos” o “adecuados” según las circunstancias.

Sin perjuicio de que tal mecanismo daba pie a corrupción y no garantizaba de ninguna forma los intereses de los consumidores, cometía un pecado aun más grave: dejaba de lado al consumidor en su rol y, sobre todo, en su derecho de participar en el proceso de formación de los precios.

Esta situación no sólo creó una cultura de la concertación, resucitada en el caso de los precios mínimos de transporte, sino que llevó a la formación de equivocados valores éticos sobre su conveniencia, llegando a denominar a estos acuerdos como “pactos de caballeros” y considerándose a quienes no los respetaban o a quienes no querían asumirlos como “competidores desleales” o “traidores”.

La pregunta que normalmente asalta a los empresarios es por qué se les prohíbe fijar de manera concertada

precios comunes. Ellos lo consideran como parte de su autonomía privada, como parte de su libertad de contratar y, en algunos casos, como parte de su libertad de asociación (cuando la concertación se da en el marco de un gremio o asociación empresarial). Si cada uno es libre de fijar su propio precio ¿por qué va a ser malo que usen tal libertad de manera conjunta y coordinada?

La respuesta a la pregunta la encontramos en un derecho básico del consumidor: su derecho a elegir. En el libre mercado, los precios, las calidades y las condiciones de comercialización son consecuencia de la interacción de consumidores y proveedores. Ello implica que la libertad de fijación de precios encuentra como límite la disposición de pagar dicho precio por los consumidores, de la misma manera como la libertad del consumidor de pagar un precio bajo encuentra como límite la disposición del proveedor de vender a dicho precio.

El mecanismo que garantiza la libertad en este campo es la competencia. Si un proveedor desea vender muy caro, los precios menores de sus competidores, ávidos de vender, conseguirán un desplazamiento de la demanda de los consumidores, permitiéndoles mandar señales claras sobre su disposición a pagar menos. Por su parte, si un consumidor desea comprar muy barato, la disposición a pagar más por parte de otros consumidores le enviará la señal de que el proveedor no está dispuesto a vender al precio deseado.

Sin embargo, tal libertad desaparece cuando se concertan precios. El consumidor se ve privado de su facultad de enviar señales claras. La decisión de los proveedores de vender al mismo precio priva a los consumidores de su facultad de elegir los precios más competitivos, y con ello de mandar señales claras sobre sus preferencias. Ya no es el Estado el que “expropia” a los particulares su libertad de elegir por la vía de fijar precios, sino que son las agrupaciones empresariales las que “expropián” la facultad de elegir a los consumidores.

En un contexto como el descrito, es perfectamente explicable por qué la ley limita la facultad de las empresas de adoptar ese tipo de acuerdos. Considerarlos libres de sanción<sup>36</sup> limitaría de manera injustificada la facultad de los consumidores de elegir entre diversos precios. Si finalmente termina habiendo un solo precio en el mercado, éste debe ser consecuencia natural de la competencia, de las condiciones de oferta y demanda existente, lo que incluye la participación de los consumidores. Así, se limita la autonomía privada de las empresas sólo para evitar una limitación aún mayor a la autonomía privada de los consumidores.

Es por ello que las concertaciones vulneran los derechos de los consumidores. La preocupación no va por el lado

<sup>35</sup> Los alcances de esta modificación serán analizados con mayor detalle más adelante.

<sup>36</sup> O dejarlos “libre de reproche”, como dice el pintoresco lenguaje de la resolución que comentamos.

de la acumulación del poder económico, sino por el mal uso de dicho poder en perjuicio de la competencia. La miopía en identificar a éste como el verdadero problema es lo que genera la confusión sobre la necesidad o no de prohibir estos acuerdos.

La justificación de la existencia de una regla como la “*per se*” se basa en un simple análisis costo-beneficio, el mismo que brilla por su ausencia en la Resolución del SOAT. Como ya vimos las concertaciones de precios no generan, en principio, ningún beneficio aparente a la economía, y menos aún, a los consumidores, y de existir, éste es poco significativo.

Las empresas involucradas en un cartel no se han integrado productivamente para alcanzar economías de escala. Tampoco han establecido formas de reducir costos de producción ni han tomado medidas destinadas a mejorar la situación de los consumidores. En pocas palabras, el cartel no es un camino adecuado para mejorar la eficiencia económica. Simplemente es una forma de reducir rivalidad en el mercado por la vía de pactar un precio común.

Aquí es importante diferenciar la acumulación de poder económico derivado del crecimiento interno de una empresa o de una fusión, de aquella que se produce como consecuencia de un acuerdo de precios. La aspiración de las empresas a dominar el mercado es, de alguna manera, el motor de la economía. Las empresas reducen sus costos, bajan sus precios y mejoran la calidad de sus bienes y servicios en su afán de capturar las preferencias de los consumidores y así aumentar su participación en el mercado. La meta última de toda empresa es alcanzar una posición de dominio en el mercado. Por eso es que el Estado no debe cuestionar nunca una posición de dominio alcanzada en base al crecimiento interno. El crecimiento interno de una empresa refleja su eficiencia, y el premio que recibe por ello es una mayor participación en el mercado. Si se cuestionara la posibilidad de alcanzar dicho poder se estaría enviando el mensaje de que crecer es malo, y por tanto se reducirían los incentivos para que las empresas sean eficientes<sup>37</sup>.

Cuando enfrentamos la acumulación de poder de mercado por la vía de un acuerdo de precios, las cosas son diferentes. No estamos premiando la eficiencia, ni estamos incentivando a las empresas a crecer. Por el contrario, es consecuencia natural de un cartel que los participantes en el mismo mantengan inalterables su participación en el mercado, mientras el cartel se mantenga vigente y no entren nuevos competidores.

El acuerdo, al limitar la competencia, nos priva de los beneficios que ella genera. El cartel no integra productivamente a las empresas. Simplemente les permite dejar de mejorar y, sin embargo, ganar más dinero por la vía del precio que fijan.

Así, el cartel sí produce pérdidas económicas por la vía de la limitación en la cantidad producida dirigida a aumentar el precio. En pocas palabras, mientras el mercado se demora en corregir los efectos de la concertación, la sociedad está perdiendo a cambio de no ganar nada o ganar muy poco; casi igual a como ocurre cuando uno puede estar ganando algo evitándose esperar en un semáforo por unos segundos, pero es tan poco en relación al peligro de un accidente, que se establece una regla simple y precisa: pasarse la luz roja es “*per se*” ilegal. Ello conduce a que si el Estado prohíbe y sanciona a un conjunto de proveedores que acordaron precio, se está ganando algo y no se está perdiendo nada o casi nada, evitándose los costos administrativos de la decisión bajo una regla discrecional.

Este razonamiento ha llevado a que prácticamente toda la doctrina, y con ella la mayoría de legislaciones del mundo, consideren a la concertación de precios como una práctica *per se* ilegal. Esto quiere decir que producida y descubierta una concertación de precios, ésta debe ser sancionada sin entrar a analizar la razonabilidad o no de la misma. Se trataría, por tanto, de una suerte de “responsabilidad objetiva” por el desarrollo de la práctica.

Lo dicho hasta aquí sólo serviría para justificar qué sistema debe adoptarse en la legislación. Pero si la Ley adopta un criterio diferente, le corresponde al funcionario aplicar la Ley y olvidarse de lo que conviene. Sin embargo, nuestra legislación con claridad se inclinó por la regla “*per se*”.

Cuando se dictó inicialmente el Decreto Legislativo 701, surgió una discusión sobre cuál era el sistema adoptado por nuestro país, es decir, si se recogía la regla “*per se*” o una regla de la razón para las concertaciones de precios.

La discusión continuó a nivel académico hasta que el Decreto Legislativo 807 la zanjó de manera definitiva. Como dijimos líneas arriba, en su texto original el inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 señalaba que no cabía la concertación “injustificada” de precios. El término “injustificada” traía la duda sobre la posibilidad de justificar la concertación sosteniendo que era razonable. El origen de la palabra “injustificado”

<sup>37</sup> Éste es el tema que hace que existan tantas discrepancias en la doctrina sobre la conveniencia o no de combatir las fusiones y adquisiciones de empresas. En ellas se combina un crecimiento que puede generar mayores niveles de eficiencia, con una reducción de rivalidad (es decir, de competencia) que podría no justificar las mejoras de eficiencia alcanzadas. Las dudas en esta área, y la posibilidad de cometer errores, son por tanto mayores. Pero como viene actuando el INDECOPI no dude que pronto presenten un proyecto para establecer un control de fusiones y adquisiciones general, dado que dicho tipo de casos son precisamente el paraíso de la discrecionalidad, pues puede decidirse casi cualquier cosa sin posibilidad de definir patrones predecibles.

se encontraba, sin embargo, en el texto original del artículo 7 del Decreto Legislativo 701. Dicha norma permitía, a quien fuese a desarrollar una práctica concertada, solicitar a la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia la autorización para la misma, basada en una serie de razones distintas supuestamente vinculadas con la eficiencia del acuerdo. Con buen criterio, el artículo 5 del Decreto Legislativo 788 derogó el artículo 7 del Decreto Legislativo 701, dejando claro que no cabía “justificar” previamente las concertaciones. Lamentablemente, el legislador olvidó en el Decreto Legislativo 788 eliminar el término “injustificado” en el inciso a) del artículo 6, con lo que quedaba abierta la posibilidad de interpretar que las empresas que concertarán precios, podrían justificar la razonabilidad de la concertación y con ello liberarse de responsabilidad.

Pero el nuevo texto del inciso a), según la modificación introducida por el artículo 11 del Decreto Legislativo 807, deja claro que ya no cabe alegar la razonabilidad de la práctica al haber eliminado el término “injustificado”. Hoy en nuestra legislación, es claro que la concertación de precios es *per se* ilegal.

La exposición de motivos de la norma deja el problema fuera de toda duda. Así, se señala en el referido documento cuál es la intención del legislador, al señalar que la razón del cambio es: “Dejar claramente establecido que la concertación de precios es *per se* ilegal, es decir que no admite justificación. El Decreto Legislativo 788 derogó el artículo 7 del Decreto Legislativo 701, que permitía a las empresas solicitar autorización para concertar. Esto constituía una posibilidad de justificación en la práctica, contraria a lo que señala no sólo la doctrina jurídica, sino la doctrina económica, respecto a los perjuicios de la cartelización de la economía frente a la inexistencia de beneficios reales o potenciales generados por dicha cartelización. En otras palabras, carecía de sentido justificar la razonabilidad de la concertación. Lamentablemente, el Decreto Legislativo 788 omitió modificar de manera expresa el inciso a) del artículo 6 que se refería a la concertación “injustificada” de precios, dejando abierta la posibilidad de una errónea interpretación en el sentido de que podían existir concertaciones de precios justificadas. Debe interpretarse que dicha justificación era la que permitía el artículo 7 ya derogado, por lo que es pertinente aclarar ello en la norma para evitar que se creen falsas

expectativas en las empresas respecto a la posibilidad de llevar a cabo concertaciones de precios que puedan considerarse justificadas cuando éstas son en realidad *per se* ilegales”.

Más claro ni el agua. A pesar de la claridad del cambio y que con inusual precisión fue definido por el legislador, justamente en un país en los que las exposiciones de motivos no suelen servir para ello, la Resolución del SOAT se “vuela” de un plumazo todos los cambios legislativos efectuados.

Es importante destacar que el carácter “*per se*” no es aplicable a todos los casos del artículo 6, sino sólo a las concertaciones de precios, la asignación de cuotas de producción, la concertación de ofertas en licitaciones públicas y la división geográfica de mercados. Así, la jurisprudencia del INDECOPI anterior a la Resolución del SOAT ha señalado que los únicos casos sujetos a la regla “*per se*” son aquellos acuerdos o concertaciones a que se refieren los incisos a), b), c), h) e i) del artículo 6 de la Ley<sup>38</sup>.

La pregunta que surge de inmediato es: Si tanto la Ley, su exposición de motivos y la jurisprudencia que venía interpretándola son tan claros ¿cómo han hecho en la Resolución del SOAT para dejar de aplicarlas? Lo han hecho a través de un acto de “malabarismo conceptual”.

Lo que se ha hecho es crear un aparente argumento formal, tratando de destacar una supuesta interpretación literal, que en el fondo consigue “saltarse a la garrocha”. Así, han forzado la literalidad de otra norma del Decreto Legislativo 701 para que parezca entrar en contradicción con el inciso a) del artículo 6. Para ello han trastocado, como veremos, los principios de interpretación de las normas y, sobre todo, han sido incoherentes con su propia posición al negarse a aplicar una “interpretación excesivamente literal” para aplicar “una interpretación literal”.

El argumento central es el siguiente: El artículo 3 del propio Decreto Legislativo 701 señala que están prohibidos y serán sancionados los actos y conductas que constituyen abuso de posición de dominio o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia “... de modo que se generen perjuicios para el interés económico general”. Fin del argumento.

¿Qué se quiso entonces decir en la Resolución del SOAT? Pues que dado que es necesario demostrar que

<sup>38</sup> En la Resolución No. 276-TDC/INDECOPI, que resolvió el llamado “caso de los pollos”, se señala: “Cuando el legislador ha querido que se haga un análisis de razonabilidad, ha incluido en la norma términos que claramente lo indican. Por el contrario cuando el objeto ha sido tipificar infracción y sin establecer ningún requisito de análisis adicional, entonces la norma se limita a definir la infracción de manera lata y simple. Lo más interesante en este caso es que tal tipificación coincide con lo que la doctrina y jurisprudencia comparada suele considerar supuestos “*per se*” o supuestos sujetos a la “regla de la razón”, dándole coherencia real a los supuestos en discusión, tal como se puede apreciar, en primer lugar en infracciones tipificadas en el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701. (...) Lo mismo sucede con el artículo 6, que tipifica las prácticas restrictivas de la competencia. El inciso a) contiene una infracción que se sanciona *per se*, sin analizar la razonabilidad de la conducta, pues no existe una palabra o enunciado que haga pensar lo contrario. El legislador no ha introducido ninguna causal o condición que permita justificar la infracción. Sucede lo mismo con los incisos b), c), h), e i), que no aluden a justificación alguna”.

se generen perjuicios para el interés económico general, la regla no puede ser "*per se*", pues implicaría presumir el daño que el artículo 3 exige que exista y ello violaría el derecho de defensa y los principios garantistas que deben aplicarse en el Derecho Administrativo Sancionador. Así, con esas palabras, defendió el Presidente de la Sala el cambio de criterio en una entrevista en televisión.

Pero la Resolución está tan mal hecha que ella misma contiene una presunción de daño para su aplicación, es decir, que "comete el delito" del que acusaba al criterio anterior. En otras palabras dice que debe demostrarse el daño pero que no es necesario demostrar el daño. No usa una interpretación literal, sino una interpretación "medio literal". Pero lo más gracioso es que como consecuencia del "medio literalismo" adoptado, la regla que han puesto es "medio *per se*", pero para ocultar que mantienen la regla a medias la han llamado "imposibilidad de justificar *a priori*", sea lo que sea que quiera decir eso.

Han creado un "*per se* razonable" que es más o menos como decir un gordo flaco, un chato alto, un rápido lento, o algo parecido. Veamos al detalle la inconsistencia.

Según la interpretación sugerida en la Resolución del SOAT, no se puede presumir el daño porque el artículo 3 citado exige que se generen perjuicios al interés económico general. Pero presume "*a priori*" que la concertación genera daños. Si regresamos al caso de la luz roja, y aplicáramos el criterio "*per se* razonable" de la Resolución del SOAT la regla sería que, producido el cruce de la luz roja, se presume que dicho hecho genera daño. Ello quiere decir que no es necesario chocar para ser sancionado. Basta, en abstracto, entender que cruzar la luz roja generó una afectación abstracta a la seguridad vial, sin importar si el daño concreto se generó. A esto le llama "imposibilidad de justificar *a priori*".

Hasta allí la Resolución del SOAT en nada difiere del criterio recogido en la "Resolución del Pollo". Pero donde sí difiere es en la segunda parte. Quien cruza una luz roja debe tener la oportunidad de demostrar ante la autoridad que a pesar de que rompió la norma, se generó un beneficio con su cruce. Por ejemplo, que ahorró tiempo. Así, a pesar que se presume un daño (no probado, no demostrado y quizás no ocurrido), limita la defensa a demostrar que se produjo un beneficio mayor.

La inconsistencia es evidente: ¿Mayor a qué? Si la prueba del daño es innecesaria, entonces podrían no haber evidencias de qué daño se está hablando. ¿Cómo saber que el beneficio supera el daño?

Si la "Resolución del Pollo" contenía una presunción de daño, la del SOAT contiene también una presunción

de daño, por lo que ambas irían contra el supuesto texto literal del artículo 3 que sólo haría sancionable las violaciones que *generen perjuicios* al interés económico general, según la interpretación literalísima propuesta por el Tribunal de INDECOPI. Nótese que el verbo "generen" no está en condicional, como es condicional la redacción argentina que los autores de la Resolución encuentran como criterio inspirador. Por ello, literalmente querría decir que debe probarse un daño real y actual. Lo único que trae de nuevo el SOAT es que se puede probar el beneficio para exonerarse de responsabilidad.

Pero imaginemos una conducta que no genera beneficio, pero tampoco daño. El conductor no ganó nada pasando la luz roja, pero tampoco dañó a nadie ¿Cómo podría tal hecho generar perjuicios para el interés económico general? Si el daño se presume, es decir si no es necesario demostrar su existencia o inexistencia pueden haber casos de concertaciones que no producen daños, que producen beneficios, y que sin embargo se van a sancionar en contra de la propia interpretación literal.

Si uno quisiera ponerlo en términos penales, la posición del actual Tribunal de INDECOPI dice más o menos lo siguiente: "No puedo presumir la responsabilidad del asesino, sólo puedo presumir que mató a la víctima, pero no violó su derecho de defensa porque le permito luego alegar legítima defensa para haberlo matado".

Esa es la inconsistencia del razonamiento. Mucho más lógica es la posición de la "Resolución del Pollo" que asume que la responsabilidad administrativa es objetiva, y que por tanto, el solo hecho configura infracción porque se daña, como se verá, un bien jurídico en abstracto.

Lo que ocurre es que quienes redactaron la Resolución del SOAT no tienen una idea clara de en qué consiste un análisis costo beneficio. Por ello, sugieren que sólo la existencia de un beneficio podría compensar un daño para que no se afecte el interés económico general, sin darse cuenta que podría no haber beneficio, pero tampoco un daño, por lo que tampoco se afecte el interés económico general. Esa inconsistencia iría contra el texto expreso en el sentido literal que quieren darle. Así presumen el daño, de manera tal "ilegal" según sus términos a como lo hace la resolución anterior en el caso del pollo, solo que permiten la demostración de un supuesto beneficio.

#### d. La "regla de la razón" y la "sinrazón política"

¿Y por qué una regla tan alambicada, difícil de entender y sobre todo, casi imposible de aplicar en la realidad? La respuesta está justamente en la intención de mantener la discrecionalidad que permita resolver dos casos iguales de manera diferente.

Si uno estudia las reglas para combatir las concertaciones de precios desde una perspectiva histórica, descubrirá que el uso de la regla de la razón siempre ha estado ligada a la introducción de factores y objetivos políticos, ajenos a la competencia, dentro de la aplicación de las normas antimonopolios, exactamente tal como está ocurriendo en este caso.

Un primer ejemplo de ello es el caso Europeo. Como todos saben las normas de competencia aplicadas en la Comunidad tuvieron su origen en un tratado de integración económica. Como era de esperarse el Tratado de Roma tuvo como objetivo uno claramente político: la propia integración de los países que integraban la Comunidad. Para que ese proceso pudiera lograr un cierto nivel de discrecionalidad era necesario, principalmente para tratar de manera distinta los acuerdos entre empresas de países integrantes, respecto del trato que se dispensaba a países de fuera de la Comunidad. Eso es exactamente lo que ocurrió y es sabido que la Comunidad podía darle "luz verde" a aquellos carteles que "contribuyeran al desarrollo económico comunitario" y ponerle "luz roja" a otros en los que ese factor no se daba. Pero la razón no era promover más o menos competencia sino crear esquemas de privilegio, discriminación y trato diferenciado. Afortunadamente, como veremos más adelante, en especial desde que asumió el liderazgo de la Comisión en el área de competencia el italiano Monti, ello viene cambiando al nivel que hoy se aplica un principio análogo al de la regla "per se".

En Estados Unidos no pasó algo muy distinto, aunque por razones políticas diferentes. Como bien señalan Posner y Easterbrook<sup>39</sup> la fe en las políticas de competencia fue sacudida fuertemente durante la depresión económica de los treinta. La caída de la demanda ocurrida durante la depresión generó una gran cantidad de capacidad ociosa la que fue equivocadamente interpretada como el producto (antes que como la causa) de excesiva competencia. En ese sentido, durante el *New Deal*, que no fue sino el intento de intervenir políticamente la economía durante el Gobierno de Roosevelt basándose en las teorías keynesianas, se usó la cartelización y las concertaciones de precios como una herramienta antidepresión mal entendida. Un ejemplo de ello fue la National Industrial Recovery Act, que autorizó expresamente a las empresas a fijar precios y limitar su producción por acuerdo. La lógica era incrementar políticamente las utilidades de las empresas, tratando de inducir a las empresas a incrementar la producción y la inversión, lo que en teoría iba a estimular el empleo.

Como bien dicen Posner y Easterbrook, la idea es ridícula y es el resultado natural de mezclar políticas de competencia con otros objetivos políticos que le son ajenas. La cartelización va a incrementar las utilidades, pero las utilidades no necesariamente van a incrementar la inversión. La inversión se deriva de la expectativa que el monto invertido generará un retorno mayor, y no existía ninguna expectativa que la inversión durante la depresión podría generar retornos. Los integrantes del cartel tenderán a consumir sus utilidades antes que a invertirlos. Pero lo peor es que la limitación de la producción, consecuencia natural de la cartelización, tenderá a reducir el empleo, precisamente el efecto contrario que se quería lograr. A su vez el incremento de los precios reducirá el poder de compra de los consumidores y con ello la demanda de los productos de otras industrias. Las medidas eran bastante absurdas para incrementar la demanda y el empleo durante una depresión.

Ese es el resultado cuando se mezclan objetivos. No sólo no se consiguen los objetivos de promover el desarrollo, sino que se afecta el objetivo de promover competencia. Esta idea ya está reflejada en el caso de los prácticos que ya comentamos, en el que el objetivo político difícilmente beneficiará a los consumidores y por el contrario se restringirá la competencia. La idea de proteger a los prácticos es bastante mala.

Pero ahora se ha abierto la puerta para poder meter objetivos diferentes a la competencia misma. Como en Europa o en Estados Unidos, los esfuerzos de la autoridad peruana por ganar discrecionalidad van de la mano de intencionalidad de ser flexible a objetivos políticos, y lo vienen consiguiendo.

Por ello no es de sorprender que un criterio tan extraño se haya establecido en un caso como el del SOAT. Como se sabe, se trata de un caso políticamente sensible, en el que se han tenido que enfrentar huelgas de transportistas que se negaban a contratar el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, alegando justamente que era más caro que los anteriores seguros que contrataban los mismos transportistas. Por ello, y sin perjuicio del análisis de la existencia o no de una infracción, convenía al gobierno sancionar a las aseguradoras y así dar un mensaje a los transportistas que algo se estaba haciendo con el tema.

A la vez está presente la existencia de una denuncia ante la Comisión de Libre Competencia del mismo INDECOPI contra el cartel apoyado por el gobierno para establecer los precios mínimos en el transporte, es decir, otro caso sensible que generó huelgas y toma de carreteras.

<sup>39</sup> POSNER, Richard A., y Frank H. EASTERBROOK. "Antitrust. Cases, Economics, Notes and Other Materials". West Publishing Co., Segunda Edición, 1991. pp. 126-127.

Desde el punto de vista político conviene sancionar el primero y dejar pasar el segundo. Pero, ¿cómo hacer ello con una regla clara y precisa como la “*per se*”? Sería imposible. Con la nueva regla, en cambio, la solución al problema es sencilla. Las empresas de seguros soportarán una presunción de daño, con lo cual no pueden demostrar que sus acuerdos no causaron perjuicios. Luego, no pueden tampoco descargar responsabilidad demostrando que su práctica generó beneficios, simplemente porque nadie les notificó durante el procedimiento que esa era la regla. Por ello no pudieron ejercer su derecho de defensa en los términos del nuevo precedente y, en su caso particular, los principios garantistas, que tanto preocupan al Presidente de la Sala, no se les aplicaron. Pero los transportistas sí tendrán esa oportunidad en el caso de la banda de precios y saldrán con argumentos que traten de demostrar que existen beneficios en obligar a pagar a los consumidores un precio común mayor al que arrojaría la libre competencia si no se les permitiera operar con precios cartelizados.

Ello explica por qué el Tribunal de INDECOPI descartó la interpretación literal más consistente, pero en mi opinión equivocada, de las empresas aseguradoras, en el sentido que debía demostrarse el daño efectivo a la competencia. La interpretación “medio literal” adoptada por el Tribunal está igualmente equivocada, pero además es inconsistente consigo misma.

#### e. Algunas “perlas” adicionales

La Resolución es pobre en el uso de las técnicas de interpretación. No analiza la Exposición de Motivos ni explica por qué descarta lo que ella dice. Pues bien, ello es una evidente vulneración a los principios de interpretación de la Ley. Un principio central en toda interpretación es la prohibición del literalismo. Ello no implica que se descarte la interpretación literal, pero sí que el intérprete no puede quedarse en la interpretación literal y debe confirmar o descartar sus conclusiones derivadas de esta interpretación, con las conclusiones que arrojan otros métodos de interpretación. Uno de los métodos es el histórico, que exige revisar los antecedentes y exposiciones de motivos de las normas. Pero aquí, nuevamente, se aplicó un método histórico “chicha” porque se prefiere una intención presunta y derivada de la doctrina argentina de un supuesto antecedente de nuestra Ley, y se deja de lado la exposición de motivos que de manera precisa establece cómo debe interpretarse la norma. En otras palabras, la interpretación jurisprudencial y doctrinaria de una Ley que se asume como antecedente de la peruana tiene más peso que la interrelación que el propio legislador da a lo que la Ley dice. El razonamiento es equivalente a estudiar las técnicas chilenas para saber cómo se hizo el pisco peruano. La Ley peruana se hizo en el Perú y no en Argentina.

En realidad el supuesto conflicto entre el artículo 3 y el artículo 6 inciso a) del Decreto Legislativo 701 no existe, y es sólo un espejismo creado por una combinación barroca de argumentos. Si uno entiende que los bienes jurídicos pueden ser afectados tanto en concreto como en abstracto, ambas normas toman completa consistencia. Si se entiende, como es en realidad, que el interés económico general es un bien abstracto y que por tanto puede ser afectado también en abstracto, es posible que se afecte el interés económico general con el solo desarrollo de una práctica que es considerada *per se* contraria a este interés. Es exactamente igual a considerar la seguridad vial como un bien abstracto: no es necesario chocar para afectarla. Basta que se cruce la luz roja, así no haya un accidente, para que se esté afectando la seguridad vial. Lo mismo se puede decir de otros bienes como la salud pública, que puede verse afectada si un medicamento se comercializa sin registro sanitario aunque no cause daños concretos a los consumidores, o del medio ambiente como bien abstracto que puede verse afectado si un proyecto minero se desarrolle sin un Estudio de Impacto Ambiental a pesar que se demuestre después que los beneficios del proyecto justifican los costos que impone al medio ambiente.

La interpretación de considerar al interés económico general “en abstracto” estaba a la vista de la Sala, pero ésta la obvió por completo y ni siquiera la analizó para descartarla. Simplemente la ignoró. Así, señala (literalmente) que las Resoluciones anteriores que precisaron la aplicación del criterio “*per se*” “*pasan por alto el análisis de los alcances del artículo 3*”. Pero si uno lee la Resolución No. 276-97-TDC, es decir la “Resolución del Pollo”, ésta analiza extensamente cómo debe interpretarse el artículo 3, usando precisamente el concepto de afectación en abstracto. El punto III.1.2 de la “Resolución del Pollo” está casi íntegramente dedicado a evaluar cómo debe interpretarse el artículo 3, dedicándole virtualmente 11 páginas a esa labor. Esas 11 páginas sí fueron “pasadas por alto” por la Resolución del SOAT. Sólo como muestra citamos un breve pasaje del largo y detallado análisis contenido en la “Resolución del Pollo” sobre el particular: “La Sala considera que el error en la interpretación propuesta parte de no considerar la afectación del bien jurídico competencia como una afectación en abstracto, esto es como la protección de un interés que puede ser dañado sin que existan efectos perjudiciales concretos. El artículo 3 se refiere al bien jurídico protegido por la norma, lo que no implica que la vulneración a dicho bien deba producirse necesariamente en concreto; bastando que sea una afectación abstracta. Así, una práctica restrictiva podría haber afectado sólo a un competidor o a un consumidor concreto. Mal podría decirse entonces que se afecta un interés económico general en concreto,

pero sí puede decirse que se ha afectado el principio de competencia, y con ello se afecta el interés económico general en que la competencia se desarrolle de manera sana y leal”.

Es lamentable que para cambiar un precedente, quien redactó la Resolución no se haya dado siquiera el trabajo de leer la Resolución cuyo criterio modificaba y que, para colmo de males, se atreva a afirmar que se trata de un tema no tocado en la misma, cuando se dedica una decena de páginas al asunto. O se actuó con ligereza, o se hizo intencionalmente para tratar de “tapar el sol con un dedo” y evitar confrontar su posición con la asumida en la “Resolución del Pollo”.

Hay dos temas adicionales que debemos tratar respecto a esta Resolución.

El primero se refiere a una afirmación inexacta respecto a que nuestro sistema, al inspirarse en el sistema romano germánico, no puede usar un criterio como el “*per se*” que proviene del *common law*, señalando que la “Resolución del Pollo” “significó una inclusión de elementos incompatibles con nuestro marco legal de competencia y ajenos a nuestro sistema jurídico”.

Negar la influencia del Derecho Antitrust Norteamericano sólo porque Estados Unidos es un país perteneciente a otra tradición jurídica, es como negar la existencia del fideicomiso en el Perú sólo porque el mismo se originó en el *common law*.

Esa posición es tan absurda que los propios europeos aceptan sin controversia que el Derecho de la Competencia es una creación norteamericana. Como señala el español Cases Pallares: “(...) puede percibirse de forma notoria la incidencia que el derecho norteamericano en esta materia tiene sobre el derecho comunitario. A nuestro entender, una primera comparación entre los artículos 1 y 2 de la *Sherman Act* norteamericana de 1890 y los artículos 85 y 86 del Tratado muestran con absoluta evidencia esta influencia. Además de esta similitud inicial (...) el análisis comparado puede también efectuarse acerca de los actos restrictivos de la competencia prohibidos en la jurisprudencia y en la forma en que las normas *antitrust* son aplicadas. De este modo repetidas veces la aplicación del derecho comunitario de la competencia tiene en cuenta, de manera expresa, la experiencia norteamericana. En los razonamientos o en la configuración de las distintas instituciones propias de la materia, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha acudido a la experiencia norteamericana”<sup>40</sup>.

La afirmación de la Resolución del SOAT niega una aplicación de criterios por no ser europeos, que ni siquiera los europeos niegan. Así, las normas del Tratado de la CECA, en especial los artículos 65 y 66, referidos a libre competencia, fueron redactados por un estudio de abogados de Washington con sede en París<sup>41</sup>. Como bien señala Garrigues, “(...) los principios americanos de la legislación *antitrust* penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania”<sup>42</sup>.

Negar la influencia del Derecho *Antitrust* Americano en el Perú y en todo el mundo (Europa incluido) es negarle el ADN al Derecho de la Competencia. Le guste o no al Tribunal del INDECOPI, el Derecho de la Competencia nació en Estados Unidos y sus principios se originan en sentencias y doctrina redactadas en inglés por norteamericanos, en nuestro continente y que influyeron notablemente en su desarrollo universal, influencia de la que Europa no se escapa, como reconocen los propios europeos. Así la Resolución del SOAT destila una suerte de “xenofobia antigringa”.

Pero lo más increíble es que, contra lo que se afirma en la Resolución del SOAT, el criterio “*per se*” sí se viene aplicando en Europa en los últimos tiempos. Si bien es correcto que inicialmente no se aceptó el uso del criterio “*per se*” para las concertaciones de precios, lo cierto es que esa resistencia al principio norteamericano ha cedido, e incluso ha sido recogido expresamente en la Comunicación de la Comisión en la que se aprueban “Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado CE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal” (2001/C 3/02).

El punto 18 señala con toda precisión: “En algunos casos, la naturaleza de una cooperación hace que el apartado 1 del artículo 81 sea aplicable inmediatamente. Se trata de los acuerdos cuyo objeto es limitar la competencia fijando precios, limitando la producción o repartiendo los mercados y la clientela. Se presume que estas restricciones producen efectos en los mercados. Por consiguiente, no es necesario examinar sus efectos reales sobre la competencia y el mercado para determinar si están comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81”.

El apartado que hemos citado define, sin usar el término *per se*, la regla *per se*. Otros acápites, en especial el 19 y el 25, definen que la excepción es justamente la llamada “*ancillary doctrine*”, también de origen norteamericano, y que es el principio imperante en Europa que el Tribunal Peruano se negó a aplicar por “no ser europeo”. O sea que el Tribunal es “más

<sup>40</sup> CASES PALLARES, Luis. “Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia”. Marcial Pons, 1995., pp. 57-58.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Citado por CASES PALLARES, Luis. Ibid. p. 59.

europeo que los europeos” o “más papista que el Papa”.

En esa línea, la Resolución del SOAT señala que la aplicación por las autoridades peruanas de la llamada “*ancillary doctrine*” en Resoluciones anteriores implica un reconocimiento de que la misma regla “*per se*” tiene excepciones por los posibles beneficios que pueden generar. Nuevamente se comete un serio error similar al de “confundir un mono con un elefante”.

La “*ancillary doctrine*” es conocida en español como la “doctrina de la complementariedad”, según la cual sólo son considerados *per se* ilegales los acuerdos de precios desnudos, es decir aquellos que no son complementarios a acuerdos de integración empresarial tales como asociaciones en participación o *joint ventures*. Ello en el entendido que sólo los “acuerdos desnudos”, es decir, aquellos desprovistos de todo tipo de integración asociativa entre empresas, son los que realmente se constituyen como ilegales, quedando esto sujeto a la regla de la razón.

Este criterio fue desarrollado por la jurisprudencia norteamericana, en especial en la decisión redactada por el Juez Taft en el caso *Addyston Pipe & Steel*<sup>43</sup>. Según Taft, los acuerdos desnudos son aquellos que no hacen otra cosa que eliminar competencia, y deben de ser ilegales “*per se*”. Bajo tal categoría Taft incluyó los acuerdos desnudos de precios y los acuerdos desnudos de división de mercados. Pero sugirió en su decisión que, en algunos casos, la aparente reducción de competencia justificaba la aplicación de una regla distinta si dicha reducción tenía por objeto generar eficiencias en el mercado.

Taft “polarizó” dos situaciones. La primera está constituida por los llamados “acuerdos desnudos” de precios, que reducen competencia sin generar ninguna eficiencia. La segunda está constituida por los acuerdos de asociación, que si bien pueden reducir competencia entre sus integrantes, generan eficiencias<sup>44</sup>.

Esta doctrina ayuda a explicar por qué en este caso no estamos sujetos al principio “*per se*”, pues si bien la negociación en conjunto puede implicar una suerte de fijación horizontal de precio de compra (una suerte de “efecto oligopsonio”), ésta es complementaria a un acuerdo de generación de eficiencias y reducción de costos por la vía de una asociación o “integración” del poder de compra de las empresas. Así, no es que estemos propiamente frente a un acuerdo de precios, sino frente a otro acuerdo del que el acuerdo de precios es complementario y se encuentra integrado a él. Para

ello basta un ejemplo: si un grupo de abogados se juntan para poner un Estudio y fijan una tarifa común, eso no es un cartel de precios, es una asociación de abogados. Si dos empresas se ponen de acuerdo para producir un automóvil de manera conjunta, y determinan el precio al que venderán el producto final, tampoco es un acuerdo de fijación de precios, es solamente un *joint venture*. Esa es una distinción que la Resolución del SOAT no comprende.

Este criterio fue recogido en el caso CIVA vs. Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.<sup>45</sup> en el Perú por el Tribunal del INDECOPI, mediante un precedente de observancia obligatoria.

El caso se refería a un “Contrato de Servicios de Agencia de Transportes” mediante el cual la empresa Mariscal Cáceres se comprometía a arrendarle una parte de sus instalaciones de un terminal terrestre a CIVA y otras empresas para que brinden el servicio de transporte de carga y pasajeros. El contrato de arrendamiento contenía un sometimiento a un Reglamento Interno del Terminal que incluía la división de rutas y la fijación de tarifas por la administración del terminal. CIVA denunció a sus “socios” en el terminal diciendo que en el fondo el acuerdo era un cartel de precios y división de mercados.

Al analizar el caso el Tribunal del INDECOPI señaló: “(...) los acuerdos desnudos o puros son considerados *per se* ilegales, toda vez que tienen como finalidad y efecto restringir la producción, y, en consecuencia, restringir la competencia. Son estos acuerdos a los que se refiere el artículo 6, incisos a) y b) del Decreto Legislativo 701. En cambio, aquellos acuerdos accesorios o complementarios si bien de alguna manera reducen rivalidades entre las empresas, no son considerados *per se* ilegales ya que pueden implicar una integración en una determinada actividad productiva y, en tal sentido, tienen la posibilidad de crear eficiencia y reducción de costos en beneficio del consumidor. En tal caso no se puede hablar realmente de un acuerdo de fijación de precios o de repartición de mercado, sino de un acuerdo de asociación, de “*joint venture*” u otra forma de integración productiva. (...). En ese orden de ideas, los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercados serán *per se* ilegales cuando no son consecuencia o no forman parte de un contrato de integración o no resultan efectivos para lograr la eficiencia de dicha integración. Lo que se pretende explicar es que dichos acuerdos saltan la barrera de *per se* ilegales y su legalidad debe ser analizada desde la perspectiva de la regla de la razón”.

<sup>43</sup> *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 Fed. 271, 281, 282-283, 280 (6th Cir. 1898).

<sup>44</sup> Citado por BORK, Robert. “The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself”. Free Press. pp. 264-265.

<sup>45</sup> Resolución No. 206-97-TDC/INDECOPI de fecha 13 de Agosto de 1997, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 28 de Octubre de 1997.

Al aplicar estos criterios al caso concreto, el INDECOPI concluyó que los acuerdos aparentemente restrictivos de la competencia no eran *per se* ilegales porque "(...) se han realizado entre empresas que cooperan entre sí brindando el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros en un lugar común y que, en ese sentido, tienen por finalidad brindar un servicio más completo a los consumidores compitiendo en mejores condiciones en el mercado".

Para el análisis del caso, el Tribunal siguió una secuencia coincidente con la línea de análisis norteamericana, la misma que se refleja en general en la doctrina aplicable a las normas de promoción de la libre competencia:

- (i) Debe determinarse si el acuerdo es esencial para la actividad de integración. De serlo se considera legítima y legal. De no serlo se pasa a los siguientes puntos de análisis:
- (ii) Los acuerdos de precios o división de mercados deben referirse a una actividad económica desarrollada en conjunto (por ejemplo la realización de compras en conjunto).
- (iii) Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no deben conducir al riesgo que el acuerdo dañe la competencia, y
- (iv) Los integrantes del acuerdo no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

En otras palabras, estos acuerdos no son acuerdos de reducción de rivalidad, como un acuerdo de precios puro, sino acuerdos asociativos, que como tales no caen bajo la definición del inciso "a" del artículo 6.

A fin de cuentas queda algo claro: el "lado oscuro" se ha consolidado y su "Imperio" ha sido efectivo para establecer un status que, aunque ilegal, se mantiene sobre la estabilidad de algunos funcionarios en sus cargos. "Darth Vader" no sólo ha sido capturado por el "lado oscuro", sino ha conseguido que el "lado oscuro" sea el status imperante.

## 7. EPISODIO VI: EL REGRESO DEL JEDI (A MODO DE CONCLUSIÓN)

El último capítulo de la serie "La Guerra de las Galaxias" tiene un desenlace feliz. Luke Skywalker, luego de ser entrenado por Yoda, vuelve ya como un verdadero Jedi que enfrenta finalmente a Darth Vader y todo el imperio, consiguiendo derrotar al "lado oscuro de la Fuerza". El clímax de la historia ocurre cuando el malvado Darth Vader es conmovido por el valor y decisión de su hijo, lo salva y acaba con el emperador. Así es finalmente "liberado del lado oscuro" y al hacerlo libera a toda la humanidad.

En nuestra historia este desenlace no se ha producido. Por el contrario, todo indica que el movimiento hacia "el lado oscuro" continuará. Por ello, no se extraña el lector que INDECOPI presente un proyecto para establecer el Perú el control de fusiones y adquisiciones, el paradigma de la discrecionalidad dentro de las políticas de competencia.

Ojalá no se llegue a extremos como controles exagerados sobre acuerdos verticales o se pretenda instaurar el "precio abusivo" como un caso de abuso de posición de dominio, lo que sería el regreso de los controles de precios al Perú pero de una manera menos predecible y más perniciosa. Pero como vienen las cosas no abrigaría esperanza que ello no ocurrirá.

La situación es realmente preocupante y sólo confirma los riesgos de crear una institución poderosa y con capacidad de intervenir en la actividad empresarial como el INDECOPI, sin crear paralelamente mecanismos institucionales que garanticen una decisión técnica.

No se vislumbran eventos que pongan fin al movimiento hacia un INDECOPI más discrecional, metafóricamente comparables con la "conversión de Darth Vader" hacia el lado correcto. Ni siquiera parecería que vaya a nombrarse un Presidente de INDECOPI técnico y respetable, que mande una señal clara de que se va a defender la autonomía de la institución. Por el contrario, parece más lógico esperar que se nombre otro político y no sería una sorpresa que el nefasto Cesar Almeyda retornara luego de su lamentable paso por el Consejo Nacional de Inteligencia. Tampoco es de esperar que se den decisiones del Tribunal que limiten su propia discrecionalidad o que marquen un rumbo hacia autocontrolar lo que el INDECOPI puede hacer.

Las instituciones técnicas con agenda política son muy peligrosas. El tecnicismo debe ser una barrera a la discrecionalidad política y no su caldo de cultivo. Pero todo indicaría que en INDECOPI se han puesto "los bueyes delante de la carreta" y se ha cambiado la agenda técnica supeditándola a una política, quizás del gobierno, quizás a los de algún integrante del Tribunal.

Pero aún estamos a tiempo de cambiar las cosas. Aún es posible retornar al sendero correcto y comprender cómo funciona la libre competencia y cuál es el rol del INDECOPI en ese y en otros campos. Aún es posible encausar al INDECOPI por el camino de la predictibilidad de sus decisiones.

Mientras el tecnicismo y la autonomía se van diluyendo la esperanza es lo último que se pierde.

Que la Fuerza nos acompañe.