

## ¿“REGLA *PER SE*” O “REGLA DE LA RAZÓN”?: PREMISAS Y EFECTOS DE UN CAMBIO

### **Juan Francisco Rojas Leo**

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia – INDECOPI

### **Joselyn Olaechea**

Ex Secretaria Técnica de la Comisión de Libre Competencia – INDECOPI

### **Alberto Rebaza**

Abogado del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano

### **Enrique Felices**

Abogado del Estudio Miranda & Amado

La conocida Resolución del SOAT dictada en el presente año por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI dispuso el cambio de criterio para analizar y sancionar las concertaciones de precios. De acuerdo con la mencionada Resolución, los carteles de precios –ahora- serán sancionados mediante la regla de la razón. La regla *per se*, aplicable para sancionar estas prácticas, quedó en el olvido.

Ello generó más que un mero cambio de precedente. En efecto, para los entendidos en el tema, el criterio adoptado resulta un gran paso adelante en las políticas de competencia nacionales. Sin embargo, ese no es el razonamiento de todos. Así pues, otros sostienen que el cambio de precedente es ilegal, perjudicial y hasta anticompetitivo.

En la medida que el tema del presente número de THEMIS-Revista de Derecho es precisamente Libre Competencia, resultaba imposible no tratar esta materia tan controversial y, sobre todo, importante. A continuación, usted podrá apreciar las distintas opiniones generadas por el cambio de precedente.

### 1. ¿Por qué cambiar o, de ser el caso, por qué no cambiar el precedente?

**ROJAS:** El cambio forma parte de la dinámica de la realidad y del derecho, por ello el cambio en sí mismo, siempre es necesario. En el caso específico, el cambio era necesario e impostergable: el precedente dejado sin efecto era a todas luces ilegal, contrario a la norma expresa de competencia y un intento fallido de alterar –por la vía de la interpretación- la opción del legislador de competencia.

La norma de competencia en el Perú es –al igual que la norma Argentina, aprobada en esa misma época, es decir, a principios de los noventa– una copia del Tratado de Roma que aplica la Unión Europea. En estos ordenamientos la regla para la evaluación de los carteles y sus acciones anticompetitivas está por la afectación al interés económico general, es decir, por el hecho de que sus efectos sean negativos para el interés de la sociedad, que no es otro que el interés de los consumidores por obtener la satisfacción de sus necesidades al más bajo costo posible. Esta norma y la opción que ella contempla se quiso modificar por la vía de una reforma parcial y en época del gobierno y el parlamento de Fujimori se introdujeron algunos cambios con ese propósito: instituir la regla *per se* en la evaluación de los carteles con el objetivo de sancionar incluso el pensamiento anticompetitivo. El intento fue fallido pues se olvidaron de modificar el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, norma de prohibición general, que sigue exigiendo para sancionar una conducta anticompetitiva que el efecto de la misma produzca un perjuicio al interés económico general.

Adicionalmente, el precedente debía ser dejado de lado porque significaba la expresión más clara del absolutismo en el acción de la Administración Pública al sancionar a los particulares sin darles la posibilidad de defenderse o alegar eximentes. Este tipo de actuaciones no son aceptables en un Estado de Derecho que respeta el debido proceso.

**OLAECHEA:** No existía motivo para cambiar el precedente. Tal y como señala (irónicamente) el propio nuevo precedente la regla *per se* es una de las verdades más indiscutibles del derecho de competencia. Incluso en foros como la OMC (en el Grupo de trabajo de Comercio y Competencia) existe consenso absoluto en la condena *per se* de los acuerdos de precios. Resultaba absolutamente innecesario derogar dos precedentes, que tenían varios años de aplicación con los resultados de claridad, predictibilidad, transparencia, ahorro de gastos administrativos, entre otros, propios de este tipo de reglas. El propio precedente de “Ciccía”, derogado por el nuevo precedente, contenía la excepción de permitir acuerdos que resultaban complementarios (“ancillary doctrine”). Resultaba innecesario además puesto que el nuevo precedente carece totalmente de sustento económico, legal y jurisprudencial (el “origen europeo continental” de nuestra norma no es un argumento válido para desechar reglas aplicadas por muchos años en la jurisprudencia norteamericana y europea).

**REBAZA:** Sin importar qué postura doctrinaria tenga uno respecto de la aplicación de una “regla *per se*” o una “regla de la razón”, lo que resulta importante es tener claro el objetivo que está detrás de toda esta discusión, cual es tener reglas que faciliten el desarrollo económico.

Bajo esta perspectiva, hay quienes pensamos que la mejor manera para obtener este desarrollo es dándole a sus partícipes el mayor grado de libertad posible, y que sean éstos quienes decidan qué es lo que más conviene al mercado.

No tengo dudas que una empresa del sector telecomunicaciones o una del sector eléctrico conoce bastante mejor cómo funciona su respectivo mercado que un miembro del Congreso o un funcionario de Indecopi.

En este sentido, creo que si existe la posibilidad de que las empresas adopten acuerdos cuyos efectos finales generen un mayor desarrollo económico, estos acuerdos deben ser permitidos. De la misma manera, si dichos acuerdos son perjudiciales para la economía, entonces, y sólo en ese caso, deberán ser sancionados.

Por ello, creo que es saludable que se hayan modificado los precedentes aprobados en las Resoluciones N° 206-97-TDC y N° 276-97-TDC, y se haya optado por una

“regla de la razón”, permitiendo que las empresas denunciadas por prácticas restrictivas de la libre competencia eviten la sanción en la medida que puedan demostrar que la conducta cuestionada es beneficiosa para la economía.

**FELICES:** Cambiar un precedente no es contraproducente en sí mismo. De hecho, el desarrollo de políticas de competencia es un proceso dinámico en el cual es perfectamente admisible que se modifiquen disposiciones del marco legal o se tome la decisión de revertir un precedente de observancia obligatoria. Lo que no es admisible es que esta decisión se tome sin un verdadero fundamento que la sustente. En mi opinión, la Resolución expedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el caso del SOAT es cuestionable precisamente porque no se desprende de ella una razón de fondo que justifique el cambio de precedente.

El cambio se ampara principalmente en un análisis exegético del artículo 3° del Decreto Legislativo 701 que, me parece, privilegia de manera errada una interpretación del concepto de “interés económico general” en desmedro de la literalidad y racionalidad del propio artículo 3°, pero, además, de lo que establecen el artículo 6° de la misma norma y su Exposición de Motivos, así como de la evidencia que se desprende de la evolución histórica de las normas que regulan la libre competencia en nuestro país. Pero la ausencia de sustento se hace más evidente en la Resolución cuando el Tribunal introduce en su análisis esta presunta incompatibilidad entre la regla *per se* y nuestro ordenamiento jurídico, por ser la primera de origen anglo-sajón y el segundo romano-germánico. Este no es, desde mi punto de vista, un argumento válido.

**2. El precio en un mercado competitivo se determina libremente por la interacción de la oferta en la demanda. En este último aspecto, es decir en la demanda, los consumidores participan en la configuración del precio ¿No se le quitaría al consumidor esta facultad, propia por excelencia del libre mercado, al declarar razonable una concertación de precios?**

**ROJAS:** El precio en el mercado competitivo se determina por el juego de la oferta y la demanda. Precisamente esa es una característica del mercado competitivo. Sin embargo un mercado afectado por prácticas anticompetitivas no es un mercado competitivo sino un mercado afectado por algunos comportamientos que no son – en principio – apropiados. Es en estos mercados en que actúa el derecho de la competencia para corregir cuando exista alguna conducta que deba ser corregida. La opción

del legislador ha sido dejar opción a que el acusado de una infracción pueda sustraerse a la sanción demostrando que su conducta envés de perjudicar beneficia. Si se logra demostrar que hay un beneficio, el legislador ha optado por la finalidad y no por el medio, es decir, el juego de la oferta y la demanda es un medio para lograr el beneficio de los consumidores, si dicho beneficio se logra de otra manera, por la conducta de uno de los agentes, esta conducta no debe ser sancionada y el beneficio debe ser disfrutado por los consumidores. No es un tema de libertad de elección, es un tema de beneficio real para los consumidores y de opción del legislador.

**OLAECHEA:** Efectivamente, al haberse establecido mediante el nuevo precedente un sistema de reglas que permite al Estado autorizar concertaciones de precios, los ofertantes de determinado bien o servicio estarían siendo autorizados a privar a los demandantes de dichos bienes o servicios de su derecho a participar en la formación de los precios de los diversos mercados de la economía, principio fundamental de un sistema económico de libre mercado. Ello equivale además a vulnerar el derecho de los consumidores y usuarios a elegir entre una variedad de precios.

**REBAZA:** Lo importante en estos casos es determinar el costo de acceso al mercado para los nuevos competidores y el nivel del precio acordado, de forma que si éste último es mayor al razonable, propiciará el ingreso de nuevos competidores que ofrecerán un menor precio en beneficio de los consumidores.

No olvidemos que donde haya un mercado rentable, habrán nuevos competidores en busca de obtener una tajada de dicho mercado, por lo que la demanda siempre terminará siendo un elemento fundamental en la conformación de los precios.

**FELICES:** Es cierto. Los acuerdos sobre precios o condiciones de comercialización (al menos los que no están asociados a procesos de integración productiva) afectan de manera adversa la capacidad de elección de los consumidores. Después de todo, en una decisión de consumo el precio constituye el principal indicador sobre la calidad de un producto o servicio.

Los costos que ocasionan al mercado las concertaciones de precios no son de naturaleza muy distinta a los que genera un monopolista, aunque suelen ser más altos. En competencia perfecta, el mercado establece el precio que los consumidores están dispuestos a pagar por un producto o servicio. Las empresas son simples “tomadoras” de precios y, por ende, solo pueden decidir cuántas unidades producir al precio que les fija el mercado. Por el contrario, en un mercado monopólico el monopolista es un “fijador” de precios, en la medida en que lo que produce equivale a la producción total de la industria. En este contexto, el

monopolista es capaz de reducir su nivel de producción con el fin de generar artificialmente una situación de escasez y con ello elevar sus precios. Por ello, cuando las empresas toman acuerdos para fijar precios se comportan de una manera similar a la del monopolista y, al hacerlo, transfieren para sí una parte de lo que en economía llaman el “excedente del consumidor”.

**3. Se dice que en todo tipo de economías los acuerdos desnudos sobre precios deben ser sancionados mediante la regla *per se*. Esta regla se ha generalizado tanto para los países con una economía fuerte como para países con economías en desarrollo ¿en una economía incipiente e incluso aún en transición, como la peruana, los acuerdos desnudos de precios resultan siempre perjudiciales?**

**ROJAS:** La afirmación de partida es inexacta: la sanción de los acuerdos desnudos mediante la regla *per se* no es una opción generalizada en el mundo. Lo que sí es un consenso en el mundo es que difícilmente un acuerdo desnudo de precios podría ser beneficioso para los consumidores.

En efecto, en Europa la opción legislativa ha sido evaluar los acuerdos desnudos bajo la regla de la razonabilidad antes de imponer una sanción. La mayoría de países tributarios de la corriente latina siguen esta previsión legal. La sanción bajo la regla *per se* es de creación jurisprudencial norteamericana e, incluso en dicha jurisprudencia hay variaciones hacia la regla de la razón incluso en el caso de acuerdos desnudos. En otras palabras, los jueces norteamericanos no se encuentran atados a principios rígidos, sino que analizan caso por caso y aplican justicia y derecho.

En un país como el nuestro, hay que aplicar la ley y no desnaturalizarla con interpretaciones contrarias a su texto, pues esa es la única manera de construir un Estado creíble y una economía más justa para todos.

Desde el punto de vista teórico hay carteles que no resultan perjudiciales para la economía de un país, como por ejemplos los carteles de exportación, es decir, los acuerdos de fijación de precios de productos para la exportación. O, el caso de los carteles de reducción de precios, o el caso de los carteles utilizados para romper otros carteles de distribución. Si bien son situaciones límite, siempre pueden presentarse.

**OLAECHEA:** Si bien podría calificarse a la economía peruana como una economía en transición, en materia de aplicación de políticas de competencia el Perú es considerado como un Estado líder en la región. La experiencia acumulada en 12 años de aplicación de la Ley de Competencia Nacional (el Decreto Legislativo N° 701 de 1991) y la jurisprudencia emanada por las

dos instancias administrativas al interior del Indecopi en dicho periodo han consolidado el prestigio de la institución en dicha materia.

Respecto a los acuerdos “desnudos”, tal y como dicha denominación refiere, se trata de determinados acuerdos que tienen como fin y efecto exclusivo eliminar la competencia (un ejemplo de acuerdo desnudo es que dos o más competidores que están enfrentándose en una competencia agresiva, la misma que ha determinado que sus precios bajen significativamente, de pronto deciden no “perjudicarse” más con dicho proceso competitivo y se ponen de acuerdo en fijar un único precio para el producto mediante el cual compiten). Acuerdos entre competidores con esas características serán siempre nocivos para todos los consumidores y usuarios, independientemente de que estos pertenezcan a economías en desarrollo o ya desarrolladas.

**REBAZA:** Como ya lo he repetido en anteriores ocasiones, la realidad económica es bastante más compleja de lo que nosotros, el legislador o los miembros del Indecopi pueden imaginar. Los continuos cambios tecnológicos, la dinámica de las relaciones económicas y el proceso de globalización que estamos viviendo, hace que sea necesario de normas flexibles que permitan analizar la racionalidad económica de acuerdos que en principio se podrían pensar como perjudiciales, pero que no necesariamente lo sean.

Es por ello, que asumir desde ya, sin experiencias que así lo respalden, que determinadas actividades serán perjudiciales en nuestra economía me parece que es un error y que limita el accionar de las empresas, debilitándolas frente a las empresas extranjeras.

**FELICES:** Personalmente, estoy en contra de una actividad del Estado que privilegie los controles previos, y más tratándose de economías concentradas y en desarrollo como la nuestra. Sin embargo, me parece que la aplicación de una regla *per se* para los llamados “acuerdos desnudos” se ubica precisamente en un reducido ámbito de excepción: los acuerdos desnudos son siempre contraproducentes para los consumidores y para el mercado y, por ende, no hay razón que justifique que no sean ilegales en sí mismos. Sostener que la regla *per se* no debería aplicarse en un país como el Perú porque su economía no suficientemente desarrollada es tan absurdo como afirmar que no deberíamos instalar semáforos en nuestras calles porque no tenemos todavía el suficiente grado de civismo como para aprovecharlos plenamente. Tampoco considero válido el argumento de que los carteles tienden siempre al fracaso en el largo plazo porque, por definición, quienes los celebran tienen un incentivo para traicionarlo. Esta es una comprobación empírica cierta, pero una que no debería afectar la

aplicación de una regla *per se* que sancione la existencia de “acuerdos desnudos”. El hecho de que la nuestra sea una economía incipiente requiere precisamente que establezcamos reglas claras; no que las evitemos.

**4. Analizar la concertación de precios mediante la regla de la razón implica desarrollar un cierto margen de discrecionalidad. En estos términos ¿podría tal discrecionalidad atentar contra la seguridad jurídica?**

**ROJAS:** Toda acción interpretativa y el derecho es esencialmente interpretativo lleva implícito un margen de discrecionalidad. La discrecionalidad es absolutamente legal y es distinta a la arbitrariedad. Arbitrariedad es interpretar la norma contra su texto expreso. Discrecionalidad es aplicar la norma dentro de los márgenes de la ley, y atendiendo a la finalidad para la cual ésta existe.

En el Perú, la Sala de Competencia ha aplicado la ley, tal y como ha sido previsto por el legislador. Ello no es inseguridad jurídica sino más bien seguridad toda vez que los funcionarios públicos han dejado de introducir sus visiones ideológicas sobre el fenómeno de la competencia y se han apegado al texto legal que les sirve de marco para la actuación.

Adicionalmente, la interpretación efectuada del texto legal rescata el derecho de defensa para los acusados, lo cual sólo puede ser visto por cualquier inversionista o incluso ciudadano como una acción en beneficio de restringir la arbitrariedad del juzgador.

**OLAECHEA:** Tratar de buscar una explicación a una concertación de precios va a ser una tarea costosa para el Indecopi. La nueva regla en efecto disminuye la predictibilidad de las resoluciones de las dos instancias del Indecopi, atentando contra la seguridad jurídica. Se atenta además directamente contra la seguridad jurídica desde el mismo momento en que se desconoce la voluntad del legislador de establecer que los acuerdos de precios son *per se* ilegales, voluntad expresamente contenida en la de exposición de motivos del D.L. 807 que modificó el D.L. 701 y en virtud de la cual se elaboró la versión actualmente vigente del D.L. 701. Sin embargo, particularmente, tengo confianza en que la Comisión de Libre Competencia, la primera instancia de Indecopi, al analizar un nuevo caso de concertación de precios desconozca el nuevo precedente por su falta de sustento.

La ley se lo permite y la Comisión tiene suficientes argumentos legales, económicos y jurisprudenciales para hacerlo.

**REBAZA:** Esa discrecionalidad de los miembros de Indecopi existe ya, y existió anteriormente, para analizar

los acuerdos desnudos o acuerdos complementarios, para analizar el abuso de posición de dominio, para analizar la concertación de empresas eléctricas, entre otros ejemplos, y no veo que dicha discrecionalidad haya producido un descalabro en la economía o una afectación a la seguridad jurídica.

Además, si se fuera consistente con el argumento que aplicar una “regla de la razón” es malo porque le da discrecionalidad a la administración pública, la conclusión lógica sería cerrar el Poder Judicial, el Indecopi, el Tribunal Constitucional, el Osiptel, y demás organismos públicos porque sus miembros tienen cierto grado de discrecionalidad que afecta la seguridad jurídica. Resulta obvio que ese no es el camino.

**FELICES:** Por definición, el ejercicio de la función pública supone y requiere cierto grado de discrecionalidad. La principal garantía contra los abusos que se puedan cometer en el uso de dicha discrecionalidad, se encuentra en el establecimiento de reglas claras, de precedentes coherentes que se mantengan en el tiempo (no necesariamente de forma inalterada pero sí consistente), en la organización de cuadros técnicos capacitados, y en la existencia de mecanismos para el nombramiento de funcionarios que permitan a éstos enfrentar con independencia las presiones políticas y de los grupos de interés. Lamentablemente, en ausencia de reglas claras y en un contexto de inestabilidad institucional, el poder que obtienen los funcionarios al gozar de mayor discrecionalidad es inversamente proporcional al perjuicio que se le causa al marco institucional.

**5. Una de las justificaciones de la aplicación de la regla de la razón a la concertación de precios es que, para el análisis que se efectúe, deberá tomarse en cuenta el desarrollo productivo que genere la concertación. Para ello, se tomará como criterio el grado de participación del consumidor en tal desarrollo ¿En qué medida puede participar el consumidor en el desarrollo productivo de la empresa concertadora?**

**ROJAS:** En primer lugar, es necesario precisar el foco del debate, el cual se encuentra sesgadamente mal planteado: el «grado de participación del consumidor» en el beneficio resultante no es una «justificación de la aplicación de la regla de la razón a la concertación de precios» sino un requisito general de exención de reproche y sanción a posteriori -habilitado legalmente por el ordenamiento nacional y consistente con la práctica comunitaria europea-. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que, al ser el nuestro un sistema de prohibición general, lógicamente el régimen de exenciones también es general, es decir, no se limita -

como falsa e interesadamente algunos pretenden presentar- a la concertación de precios. En tercer lugar, y respondiendo directamente a la pregunta, el precedente se ha cuidado de reconocer expresamente -no podía ser de otra manera- que los cárteles -en especial la fijación concertada de precios- no se beneficiarán casi en ninguna circunstancia del sistema general de exenciones a posteriori. Esto último no quiere decir que, por exigencia de la propia norma, no se deje la vía abierta a la demostración de la existencia de ventajas económicas y, ante dicha existencia, que existe una participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante. Como todos sabemos, la sola existencia de ventajas económicas será imposible de demostrar en la casi totalidad de los casos de cartelización, pero esto es un tema de la realidad. Lo que no podía hacer la Sala de Defensa de la Competencia era cerrar esta puerta contra el texto expreso de la ley. En otras palabras, la puerta está abierta pero el sistema de control de ingreso es tan estricto que será muy difícil -por no decir imposible- que un cártel franquee la entrada.

**OLAECHEA:** Como muchas partes del nuevo precedente, esta también puede estar sujeta a una variedad de interpretaciones. La lectura “buena” sería que el acuerdo analizado debería permitir ganancias en eficiencias que redunden en el bienestar de los consumidores, por ejemplo, como en el caso del precedente derogado de “Ciccía” (un acuerdo complementario que resultaba en eficiencias para varias empresas de transporte que compartían un terminal y permitía a su vez un incremento de la competencia entre terminales de transporte). Sin embargo, las lecturas “buenas” o “malas” dependerán de las personas que actualmente, el próximo año o en 10 años apliquen este nuevo precedente. La variabilidad de posibles interpretaciones genera una falta de predictibilidad contraria a la tradición mantenida por el Indecopi hasta hace poco tiempo.

**REBAZA:** La concertación permite comercializar un producto a un precio de “x”, en el que el nivel de la demanda hace posible lograr un nivel de ganancias óptimo para el productor. Esto, a costa de una eventual reducción del precio que hubiera permitido una mayor demanda por el producto, aunque sin lograr las ganancias óptimas para el productor.

Pues bien, el criterio al que se hace mención en la pregunta, está referido al nivel de demanda que se logra satisfacer al precio acordado, y cómo puede progresivamente irse satisfaciendo un nivel de demanda mayor. Por eso es importante analizar los casos sometidos a las “reglas de la razón”, tomando como criterio no sólo el nivel actual de satisfacción del consumidor, sino si existe un proceso que persigue abarcar a futuros consumidores por medio de mejores

condiciones (precios, servicios, formas de pago, etc.) o si está previsto realizar inversiones futuras que permitan ampliar el mercado geográfico.

**FÉLICES:** La evidencia empírica demuestra que las concertaciones de precios, cuando no están asociadas a un proceso de integración productiva, no generan eficiencias sino perjuicios para los consumidores y el mercado. Sin embargo, existen una multiplicidad de casos en los cuales las fijaciones de precios son admisibles. A esta clase de acuerdos se les conoce como “acuerdos auxiliares,” en oposición a los “acuerdos desnudos,” y se definen como parte de un proceso más amplio de integración de actividades productivas. El ejemplo más común para describir esta clase de acuerdos es el de los estudios de abogados, en los cuales sus miembros toman explícitamente la decisión de concertar precios (es decir, las tarifas horarias que cada uno cobra) o de asignarse mercados de forma exclusiva (ya sea sobre la base de clientes determinados o de campos de especialidad profesional) con la finalidad de no competir entre sí. Por supuesto, hay una finalidad mayor que justifica esta clase de acuerdos: la mayor eficiencia del estudio de abogados como centro de negocios. En casos como estos sí se justifica el análisis de los posibles efectos del acuerdo sobre el bienestar de los consumidores y el mercado, pero no cuando nos enfrentamos a un “acuerdo desnudo”.

**6. Otro criterio que se debería utilizar en el análisis de la aplicación de la regla de la razón es el que señala que la concertación no debería afectar la competencia. Sin embargo, ¿no resulta tautológico el hecho que una concertación, precisamente por nivelar precios, elimine la competencia? ¿Cómo puede favorecer la competencia entre empresas?**

**ROJAS:** Nuevamente estamos cayendo en el error de asumir que la supuesta «aplicación de la regla de la razón» se limita a la «concertación de precios». Esto no es cierto, pues el sistema de exenciones a posteriori es general por definición. En segundo lugar, tampoco es cierto que el otro requisito concurrente de exención sea que «no se afecte la competencia». Ello sería un absurdo pues estamos ante una práctica restrictiva de la libre competencia, lo cual quiere decir que necesariamente afecta la competencia; lo que sucede es que, para estar exenta de reproche y sanción, dicha práctica deberá acreditar que los beneficios económicos son superiores a los perjuicios, que dichos beneficios se distribuyen equitativamente a los consumidores y que, además, la práctica era indispensable para obtener los referidos beneficios. La concurrencia de estos requisitos demostrará que los efectos positivos de la práctica cuestionada superan a la afectación a la

competencia que indudablemente se produce. En vista de lo anterior, podemos ver claramente que el requisito no es que «no se afecte la competencia» sino que no se «elimine la competencia», lo cual es muy diferente y guarda lógica con el sistema competitivo: en ciertas circunstancias, el instituto jurídico de la competencia puede tolerar afectaciones en algún grado, lo que no puede tolerar de ninguna manera es su propia eliminación.

**OLAECHEA:** Si resulta tautológico. El solo hecho que exista la posibilidad de justificar un acuerdo de precios implica eliminar la competencia. No puedo imaginar como un acuerdo de precios pueda favorecer la competencia. A excepción que no sea un mero acuerdo desnudo de precios, sino que tal como lo establecían los anteriores precedentes no tenga por objetivo primordial y único fijar el precio. Con lo cual estaríamos al principio de todo, es decir reconocer lo absurdo e innecesario de hacer una regla como la que establece el actual precedente de Indecopi.

**REBAZA:** En estos casos lo importante es analizar cuál es el impacto global en la economía de un determinado acuerdo, y no simplificar el análisis del mismo a si en determinadas relaciones la competencia ha disminuido o no.

La mejor prueba de ello son los resultados que hasta el momento vienen arrojando el proceso de integración de las tres empresas cerveceras peruanas (inicialmente Backus y CNC, y posteriormente Cervesur), en donde se ha logrado fortalecer económicamente al sector cervecero peruano, permitiéndole competir con otras cerveceras latinoamericanas, sin que se haya perjudicado de modo alguno a los consumidores peruanos.

Además, la realidad nos muestra que los primeros que romperán y violarán los acuerdos de concertación de precios serán las propias empresas concertadoras, que siempre buscarán la forma de hacer más rentable su inversión compitiendo con sus propios “socios”. En ese sentido, no es correcto afirmar que la concertación de precios elimina la competencia.

**FELICES:** La respuesta a esta pregunta está explícitamente contenida en otra respuesta.

**7. Se dice que el legislador ha preferido la aplicación de una norma rígida e inflexible –tal como la regla *per se*- para sancionar los acuerdos de concertación de precios. Sin embargo, se ha afirmado que la “realidad económica” puede superar “la imaginación del legislador” ¿Cómo podría una concertación de precios generar beneficios que puedan superar los perjuicios a la competencia y al consumidor?**

**ROJAS:** Otra vez estamos ante afirmación falsa. El legislador no ha preferido la aplicación de una norma rígida e inflexible, no ha establecido la regla *per se* en nuestro ordenamiento en ningún momento. Aquellas personas que sostienen esto no están cayendo en un error sino que están faltando a la verdad. Lo que ha preferido el legislador es un sistema de prohibición general de prácticas restrictivas de la libre competencia, complementado con un sistema general de exenciones a posteriori. Tal como mencionáramos en la respuesta a la quinta pregunta, en los casos de cárteles -el más evidente de ellos, como todos sabemos, es el de la fijación de precios- será casi imposible demostrar beneficios económicos que puedan superar los perjuicios generados. Todos sabemos esto, pues es la realidad. Lo que no podía hacer la Sala de Defensa de la Competencia es violentar la manifestación expresa de la voluntad del legislador plasmada en el texto vigente de la ley, la cual no es otra que dejar abierta la puerta a una hipotética demostración -repetimos, casi imposible- de beneficios que superen a los perjuicios. La solución correcta ha sido establecer un sistema de vigilancia muy estricto y exigente que haga casi imposible que se franquee la puerta, en perfecta armonía con el texto de la ley y con el efecto que universalmente tienen todas las legislaciones en materia de defensa de la competencia: la sanción dura a los cárteles.

**OLAECHEA:** Desde que salió el nuevo precedente he estado tratando de imaginar un caso posible y hasta el momento no he logrado mi objetivo. No creo que un acuerdo de precios puro pueda en algún caso beneficiar a los consumidores y mucho menos representar beneficios superiores al perjuicio que implica uniformizar los precios y privar del más elemental derecho de mercado, que es el poder de elegir. Es precisamente por los nulos beneficios que pueden resultar de una concertación de precios (que en términos económicos significa que un grupo de agentes obtiene el poder y se comporta como un monopolio elevando los precios y reduciendo la oferta) que a lo largo de la historia mundial se han instaurado reglas y ordenamientos jurídicos conducentes a sancionar rigurosamente los acuerdos de precios entre competidores (además de la jurisprudencia norteamericana en donde se desarrolla la regla *per se*, en la Comunidad Europea el artículo 81 de su Tratado Constitutivo establece la prohibición absoluta de los acuerdos de precios).

**REBAZA:** Eso dependerá de cada caso concreto. Tal como lo he dicho, la realidad económica siempre termina superando nuestra imaginación, por lo que pretender decir sin conocer el funcionamiento de cada mercado que determinada conducta siempre generará efectos perjudiciales me parece una simpleza que genera obstáculos al desarrollo empresarial.

Ya la Corte Suprema de los Estados Unidos, en casos como *Broadcast Music Inc. vs Columbia Broadcasting System*, ha determinado que sólo luego de una considerable experiencia en cierto tipo de negocios, podía clasificar *per se*, a determinadas conductas, violatorias de las normas de libre competencia, pero no por ello iba a aplicar el mismo criterio a negocios que no conocía. En estos últimos casos la Corte Suprema ha afirmado que debería analizar la racionalidad económica (“regla de la razón”) y determinar si es o no perjudicial.

Bajo esa misma lógica creo que es necesario que el organismo regulador analice cada caso concreto, y sólo una vez que tenga una considerable experiencia en un determinado tipo de negocios, puede concluir que determinado acuerdo en determinada industria resulta siempre perjudicial para el mercado.

**FELICES:** Los procesos económicos son, por definición, dinámicos. Y no es una novedad que el dinamismo de la realidad económica supere el que pueda ser contemplado por un legislador o un gobernante: el colapso del bloque socialista a finales de los años ochenta fue la confirmación de que las economías planificadas eran incapaces de competir con el libre mercado. Pero las políticas de competencia también son dinámicas y buscan, dentro de su propio espacio, dar una respuesta adecuada a los desafíos que presenta la realidad económica.

Existen pocos casos de consenso sobre los efectos anticompetitivos que la actuación de las empresas pueden ocasionar en el mercado y, por ende, sobre la necesidad de regular o limitar su actividad. Sin embargo, uno de esos casos es precisamente el que se refiere a la ilegalidad *per se* de las concertaciones de precios “desnudas”. Lo importante en este caso no radica en cuestionar los límites de la capacidad inventiva del legislador, sino en tomar en consideración la demostración empírica de la teoría económica: la concertación de precios, cuando no está asociada a un proceso de integración productiva, no genera eficiencias en ningún caso; por el contrario, es siempre contraproducente para los consumidores y el mercado.

#### 8. ¿Cuál es el papel del consumidor dentro del contexto de las consecuencias del cambio de precedente?

**ROJAS:** Una breve respuesta a esta pregunta consiste en recordar que no sólo la eficiencia económica -es decir, la sumatoria del excedente del consumidor con el excedente del productor- es un objetivo válido del Derecho de la Competencia sino que, por el contrario, un objetivo aún más válido y deseable es el privilegiar el interés del consumidor -es decir, centrar el análisis en el excedente del consumidor. Luego de esto, la

respuesta cae por su propio peso: en armonía con la norma nacional y con las tendencias mundiales en la materia, el interés del consumidor se ve privilegiado como el objetivo, la finalidad de la norma de Defensa de la Competencia, cosa que era arbitrariamente negada por el viejo e ilegal precedente que fue dejado de lado con la nueva interpretación de la Sala de Defensa de la Competencia.

**OLAECHEA:** Las empresas compiten por la preferencia de los consumidores y por ello estos esperan que las empresas ofrezcan opciones atractivas en precios y en calidad en función de las cuales poder elegir. Lamentablemente, pensar que bajo los motivos establecidos en el precedente se puede aprobar una concertación implica aceptar que los consumidores se verán perjudicados en aquellos casos que el Indecopi no sancione a esas empresas concertadoras. En esos casos a los consumidores no les quedara otra alternativa que aceptar pagar el precio único que fijen dichas empresas.

**REBAZA:** El papel del consumidor no varía con uno u otro precedente. El consumidor seguirá teniendo preferencias y determinará la demanda por ciertos productos y participará en la conformación del precio del mismo. Como ya lo he dicho, lo importante es analizar el costo de acceso de nuevos competidores, que determinará el ingreso de nuevas empresas en caso los precios acordados estén por encima de las expectativas de los consumidores.

No olvidemos que el cambio de precedente permite sólo aquellos acuerdos de precios que resulten en mayores beneficios para el interés económico general y no todos los acuerdos de precios sin importar el impacto de éstos.

**FELICES:** Esta pregunta ha sido respondida con la respuesta número 6.

#### 9. ¿Los efectos colaterales del cambio del precedente respecto al impacto que éste generaría en la inversión extranjera pueden resultar positivos o negativos?

**ROJAS:** Absolutamente positivos. Ahora el Perú puede decir que garantiza el derecho defensa en la imposición de sanciones en el marco de la competencia y que ha dejado de lado los rezagos del absolutismo en virtud del cual la Administración Pública aplicaba sanciones sin dar oportunidad de defenderse a los acusados, bajo el pobre argumento de que así se cautelaba mejor los recursos del Estado y no se desperdiciaban en una investigación que solo confirmaría la culpabilidad. Es el momento en que el Estado debe probar sus acusaciones y permitir que los acusados se defiendan. El debido proceso y el Estado de Derecho siempre atraen inversiones.

**OLAECHEA:** Los inversionistas pueden ver esto de dos formas: (i) En el Perú es fácil cartelizarse y es posible que no te sancionen, más cuando es un mercado en formación. La mayoría de los inversionistas nuevos prefieren entrar a competir agresivamente con precios atractivos para captar la preferencia de los consumidores, sin embargo, en el nuevo contexto, podrían tender a cartelizarse evitando el riesgo de ingresar al mercado con una oferta agresiva, ya que es posible que no los sancionen por ello. (ii) A los inversionistas extranjeros les preocupara que se permitan las concertaciones de sus competidores. Así podría establecerse un cartel de precios para que determinado producto tenga un precio bajo, lo que aparenta ser bueno para los consumidores.

Pero podría ocurrir que ese precio cartelizado bajo tenga el objeto de impedir el ingreso de una empresa extranjera, que podría vender a un menor precio o quizás ofrecer un producto de mejor calidad. Considero, que los inversionistas extranjeros o nacionales, deberían preocuparse con la nueva regla del Indecopi.

**REBAZA:** Creo que todo cambio que busque reducir la intervención estatal en la economía, y amplíe el espectro de oportunidades para las empresas es siempre beneficioso para la inversión, sea esta nacional o extranjera.

Las reglas flexibles que dotan al empresario da mayor libertad al momento de llevar a cabo sus negocios, siempre tendrán un efecto positivo.

**FELICES:** La inversión extranjera reclama reglas claras y foros independientes para la resolución de disputas. Indecopi ha desempeñado a lo largo de la última década un papel fundamental frente al inversionista extranjero, garantizando que los procesos a su cargo sean resueltos de manera técnica e independiente. Si a ello le sumamos las carencias que ha evidenciado nuestro sistema de administración justicia, veremos que la tarea desarrollada por el Indecopi era doblemente importante.

Lamentablemente, creo que la Resolución del Tribunal en el caso del SOAT envía un mensaje negativo al mercado. Al no existir una justificación significativa para el cambio de precedente, se puede debilitar el marco institucional existente y afectar la confianza de los consumidores e inversionistas.

**10. Finalmente, en OSIPTEL aún se seguirá utilizando un criterio *per se* para sancionar los carteles de precios. Con ello, ¿no se estaría desuniformizando el sistema jurisprudencial en esta materia?**

**ROJAS:** La sola existencia de marcos sectoriales de aplicación de la ley de competencia da lugar a que existan aplicaciones de la misma norma diferentes. Ello no es contradictorio, es simplemente el predominio de la especialidad y los agentes económicos lo pueden tener claro, sin mayor dificultad. Sin embargo, dado que la aplicación de la regla *per se* es manifiestamente ilegal, no cabe duda de que los aplicadores de ella en OSIPTEL tendrán que preocuparse por adecuar su actuación al marco legal.

**OLAECHEA:** La jurisprudencia del Indecopi no es de observancia obligatoria para los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Osiptel. Pero más allá del tema de la uniformidad, esta el tema de fondo sobre la validez de una regla como la adoptada por el Indecopi. Resultaría absurdo, por ejemplo, considerar legal y beneficiosa para los consumidores una concertación de precios realizada por las empresas de telefonía celular. Es casualmente en este mercado donde los precios vigentes y la variedad de productos ofrecidos han demostrado una agresiva competencia entre los agentes participantes y por tanto, un beneficio de todos los usuarios del mencionado servicio. Dada la inexistencia de obligatoriedad y la falta de sustento del nuevo precedente de la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi resulta poco probable que alguna de dos instancias del Osiptel encargadas de analizar los temas de libre competencia en el mercado de telecomunicaciones modifiquen su metodología de análisis para los supuestos de prácticas restrictivas establecidas en el Decreto Legislativo 701.

**REBAZA:** La ley nunca ha buscado un sistema jurisprudencial uniforme en temas de libre competencia. Tan es así que el artículo 78 de la Resolución No. 10-2002-CD/OSIPTEL señala que en las controversias relativas a temas de libre competencia, la Secretaría Técnica del OSIPTEL solicitará al Indecopi un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que dicha institución viene aplicando en materia de libre competencia.

En ese sentido, sin perjuicio de la posición que pueda adoptar el Indecopi respecto de la aplicación de una "regla *per se*" o una "regla de la razón", la ley establece que OSIPTEL hará su propio análisis del Decreto Legislativo 701 y determinará qué criterios debe aplicar.

Sin perjuicio de ello, tampoco podemos afirmar que OSIPTEL seguirá aplicando la "regla *per se*". No olvidemos que los "Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones", aprobados por la Resolución No. 003-2000-CD/OSIPTEL, son meramente referenciales, pudiendo el Tribunal de OSIPTEL alejarse de dichos lineamientos en caso lo considere necesario.

**FELICES:** Este es un problema que no se origina propiamente en el cambio de precedente, sino que se deriva de la existencia de dos entidades de competencia que conviven en el mercado. En buena cuenta, era previsible que en algún momento existiera una disparidad de criterios entre ambos organismos. Personalmente, pienso que sería más eficiente contar con una sola autoridad de competencia, que redujera posibles inconsistencias entre ambas y generara mayor certidumbre y confianza al mercado.

Pero lo cierto es que pretender una jurisprudencia estable y absolutamente permanente en este campo del derecho es muy difícil de alcanzar. Incluso en países como Estados Unidos, en donde el derecho se fundamenta en la jurisprudencia, la Corte Suprema ha aplicado la “regla de la razón” o la “regla *per se*” en muchos casos, no existiendo uniformidad en la jurisprudencia americana respecto a la aplicación de uno u otro criterio. No considero que esto sea positivo. Pero sí muestra que es necesario alcanzar un consenso “real” entre los distintos actores de la economía sobre las normas que serán aplicadas.