



Tommy DEZA SANDOVAL(*) (**)

LA POLÍTICA DE COMPETENCIA PERUANA Y EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EXPLOTATIVO

La fijación de precios excesivos

RESUMEN

El presente artículo versa respecto a la interpretación jurídica realizada por la Comisión de Libre Competencia del Indecopi a la política de competencia peruana, concluyéndose que la finalidad de esta no es otra que proteger y garantizar el proceso competitivo, lo cual beneficia finalmente a los consumidores. El autor, que se adscribe a esta posición, considera además que los abusos explotativos son un problema que deben ser solucionados mediante la promoción de una mayor competencia en el mercado y/o mediante una específica solución regulatoria.

1. Introducción

En septiembre de 2007, la Comisión de Libre Competencia del Indecopi (en lo sucesivo, la Comisión) emitió un importante pronunciamiento, en virtud del cual sentó un precedente de observancia obligatoria tomando posición acerca de sus competencias para conocer (o no) las denominadas conductas de «abuso de posición de dominio explotativas» (en adelante, abuso explotativo), en particular, bajo la modalidad de fijación de precios inequitativos, abusivos o excesivos.

La importancia de esta resolución radica en que, para determinar tales competencias, el colegia-

do realizó un interesante ejercicio de interpretación jurídica a efectos de establecer los alcances teleológicos de la política de competencia peruana a la luz del texto constitucional y normas legales pertinentes. En ese sentido, para la Comisión sus competencias para investigar y sancionar los abusos explotativos dependería de que el bien jurídico protegido sea el proceso competitivo o sea directamente el bienestar de los consumidores.

Cabe señalar que el análisis de este tópico no ha sido de reciente data, ni su discusión ha sido pacífica. En el año 2003, un caso similar fue el origen de un profundo debate académico con relación a la posibilidad jurídica y pertinencia

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Economía y Regulación de Servicios Públicos de Red por la Universidad de Barcelona. Estudios de Maestría en Derecho de la Empresa con Especialización en Regulación de Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex-asistente Legal de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi (2003-2006).

(**) A mis padres y mi familia por su apoyo constante y a Liz por su confianza.

económica de sancionar tales abusos. Además, este mismo caso fue objeto de una decisión tomada por la Comisión negando sus competencias para conocer los abusos explotativos; pronunciamiento que pese a ser posteriormente confirmado en su parte resolutive por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, la Sala), fue sustancialmente desestimado en sus considerandos y motivaciones.

Es en ese sentido, y dado que el tema ha tomado relevancia nuevamente, que el presente artículo tiene la finalidad de analizar el contenido del pronunciamiento de la Comisión en la Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de septiembre, inferir sus principales efectos actuales y futuros y, principalmente, establecer las preguntas abiertas que dicha resolución nos deja.

2. Los abusos de posición de dominio explotativo y anticompetitivo: diferencias

El abuso de posición de dominio, según afecte directamente el interés concurrencial de los competidores en un determinado mercado⁽¹⁾ o el interés no concurrencial de los consumidores de un determinado bien, se clasifica en: abu-

so exclusorio o anticompetitivo y abuso explotativo, respectivamente⁽²⁾.

El abuso anticompetitivo es aquella conducta J567 realizada por una empresa dominante, cuyo fin inmediato es desplazar del mercado a los competidores o desincentivar el ingreso de agentes potenciales, elevando sus costos de entrada. Para ello, el agente no se vale de conductas que impliquen un daño normal y tolerado que es consecuencia natural de la mera concurrencia en el mercado, sino de actos ilícitos sin un contenido basado en eficiencias económicas que por el contrario implican barreras artificiales de acceso o permanencia en el mercado.

Por su parte, el abuso explotativo es aquella J568 conducta que constituye el ejercicio directo de poder de mercado cuyo objetivo inmediato es tomar ventaja del consumidor mediante la extracción de parte (o la totalidad) de lo que en teoría económica se denomina el *excedente del consumidor*, es decir, del ahorro agregado de los consumidores representado por la diferencia entre su disposición a pagar por un bien y el precio que finalmente pagan (ver acápite N° 4). En tal sentido, no importa la modalidad en que se ejecute un supuesto de abuso explotativo, sea que se trate de precios excesivos⁽³⁾, discriminación explotativa⁽⁴⁾, ventas atadas⁽⁵⁾, reducción

(1) Al respecto vide PELLISÉ, Jaime, *Explotación abusiva de una posición dominante*, en www.tesisenxarxa.net/TESESUB/AVAILABLE/TDX-0724102-093837//TOL101.pdf, p. 493.

(2) Clasificación común en la doctrina. Sobre el particular, vide WHISH, Richard, *Competition Law*, 5ª ed., Lexis-Nexis, Londres, 2003, pp. 194 y ss.; MOTTA, Máximo, *Competition policy, theory and practice*, Cambridge University Press, New York, 2004, p. 35.; GOYDER, G. D., *EC Competition Law*, 4ª ed., Oxford University Press, New York, pp. 282 y 283.

(3) Precio inequitativo es aquel que se dice se encuentra por encima de un nivel de competencia.

(4) La discriminación explotativa se observa cuando por un mismo producto se fija un precio diferenciado según diferentes clases de clientes. La empresa dominante puede realizar esta conducta porque es capaz de identificar con cierta eficacia las distintas disposiciones a pagar de los consumidores y, además, porque es difícil la posibilidad de reventa del producto por parte de los consumidores que lo adquieren a menor precio.

(5) Un caso de venta atada explotativa se observa, por ejemplo, cuando un productor dominante en un producto «A», en lugar de elevar su precio directamente de S/. 10 a S/. 30, ata otro producto «B» innecesario para el disfrute del primero, que podría tener en stock producto de un mal negocio, con un precio de venta de S/. 20. En este ejemplo, el

injustificada de unidades producidas, etc.; todas ellas se encontrarán avocadas a la finalidad última de extraer lo máximo posible del excedente del consumidor.

- J569 Cabe señalar que si bien el abuso anticompetitivo implica una afectación a la estructura misma del mercado, dado que su fin directo es reducir el número de competidores y, en el extremo, dejar a la empresa dominante como único agente en el mercado; es innegable que aún en este supuesto la finalidad mediata e indirecta de la firma incumbente no es en sí la mera exclusión de competidores (afectación del proceso competitivo), sino, sobre todo, tener la capacidad de ejercer posteriormente su poder de mercado extrayendo el denominado *excedente del consumidor* (afectación al interés de los consumidores), una vez que se encuentre como único operador.

Una vez establecida la distinción entre estas dos clases de abuso, a continuación corresponde observar cómo se ha tratado la figura de los abusos explotativos en la legislación y jurisprudencia comparada, particularmente bajo la

modalidad más común en que se ha conocido la figura, a través de los denominados precios excesivos, abusivos o inequitativos. Este punto tiene especial relevancia en la medida en que los hechos objeto de la resolución de la Comisión bajo comentario están referidos a esta modalidad de abuso explotativo.

3. Los precios excesivos en la jurisprudencia de la Unión Europea⁽⁶⁾

Conforme a la doctrina⁽⁷⁾ y la jurisprudencia en la Unión Europea (en lo sucesivo, UE), la autoridad de competencia comunitaria europea tendría competencia para conocer los supuestos de abuso explotativo en aplicación del literal a del artículo 82° del Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, Tratado de la UE)⁽⁸⁾ que, a título de ejemplo⁽⁹⁾, prescribe lo siguiente:

«Artículo 82°.-

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibido cualquier abuso de una posición de dominio en

productor dominante gana al deshacerse de un producto innecesario que le produce costos de almacenamiento y, a su vez, al fijar un precio alto por la venta de ambos productos atados.

(6) No se encuentran antecedentes de casos de precios excesivos en la jurisprudencia *antitrust* estadounidense, por cuanto se interpretó que la *Sherman Act* solo prohibía los abusos excluyentes que creaban o mantenían una posición de dominio, en lugar que el monopolio mismo o su explotación. Al respecto vide GAL, Michael, *Monopoly pricing as an antitrust offense in the US and the EC: Two systems of belief about monopoly?*, en www.professorgeradin.blogs.com/professor_geradins_weblog/files/excessive_pricing_michal_gal.pdf, p. 5; MOTTA, Máximo y DE STREEL, Alexandre, *Explotative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, en http://professorgeradin.blogs.com/professor_geradins_weblog/files/ExcessivePrices18122003.pdf, p. 2.

(7) Al respecto, vide WHISH, *Competition Law*, cit., p. 195; GOYDER G. D., *Competition Law*, cit., p. 284; MOTTA/DE STREEL, *Explotative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, cit., p. 1.

(8) El Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht (1993) constituye un paso más hacia la cohesión europea que modifica y/o complementa los primigenios tratados de: i) la Comunidad Europea del Carbón y el Acero o Tratado de París (1951), ii) la Comunidad Económica Europea o Tratado de Roma (1957), y iii) el Acta Única Europea (1986).

(9) En la jurisprudencia europea ha quedado sentado que los literales del artículo 82° del Tratado de la Unión Europea solo constituyen una lista de supuestos abiertos, «*númerus apertus*»; así por ejemplo, en la sentencia del 21 de febrero de 1973, Caso 6-72, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. vs. Comisión*, el Tribunal de Justicia Europeo señaló que «*el listado [del ex artículo 86°] solamente proporciona ejemplos, mas no una exhaustiva enumeración de las clases de posiciones de dominio prohibidas por el tratado*».

el mercado común o en una parte sustancial de este, por parte de una o más empresas, que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros.

Tal abuso, en particular, podrá consistir en:

- (a) imponer directa o indirectamente precios de compra y venta inequitativos u otras condiciones de comercio inequitativas».

Bajo este marco normativo, el primer gran caso sobre precios excesivos que conoció la Comisión Europea (en adelante, CE) fue contra *General Motors Continental NV* (1974). En este caso, la CE consideró que, en virtud de la normativa belga vigente en ese entonces⁽¹⁰⁾ y la licencia otorgada por *Opel*⁽¹¹⁾, la empresa imputada tenía posición de dominio en Bélgica para la prestación del servicio de inspecciones técnicas y emisión de certificados de conformidad para automóviles *Opel* nuevos y aquellos registrados en el exterior con una antigüedad no mayor de seis meses. Como resultado de ello, los importadores y consumidores de dichos autos estaban obligados a tomar los servicios de *General Motors Continental* antes de circular sus vehículos en el sistema de carreteras belgas. Finalmente, la CE concluyó que la empresa imputada había abusado de su posición de dominio al fijar precios sustancialmente excesivos por la expedición de dichos certificados de inspección en perjuicio de clientes que

habían adquirido e importado sus automóviles directamente y por vías distintas a los canales de distribución oficiales de *General Motors Continental* en Bélgica⁽¹²⁾.

Cuando el caso subió en apelación⁽¹³⁾, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) estableció de manera general que una empresa con una posición de dominio, como la que poseía *General Motors Continental*, sí podía en efecto abusar en el mercado –por la prestación de un servicio que solo dicho agente podía proveer en exclusiva– mediante «la imposición de un precio que era excesivo con relación al ‘valor económico’ del servicio proveído». De esta manera, de acuerdo con el criterio elaborado por el TJCE, si el precio no guardaba relación con el referido *valor económico* debería considerarse abusivo. Pese a ello, el TJCE decidió anular la decisión de la CE al considerar que en el tiempo y espacio en que se llevó a cabo el procedimiento, la empresa denunciada ya había procedido a reducir sus precios de acuerdo con sus «costos reales de operación del servicio» y había reembolsado lo cobrado en exceso a sus clientes, incluso antes de la intervención de la CE, lo cual demostró la ausencia de cualquier ánimo de abuso. Consecuentemente, con esta decisión, parecería que para el TJCE el concepto de *valor económico* está referido a un precio que cubre los costos económicos de operación de una empresa; costos que incluyen además una ganancia o retorno razonables sobre el capital⁽¹⁴⁾.

(10) Por Real Decreto del 15 de marzo de 1968, solo los vehículos y tráileres que pasen determinados estándares técnicos podían circular en el Reino de Bélgica.

(11) *Opel* es una empresa de automóviles que durante el periodo de investigación pertenecía al grupo económico de *General Motors*.

(12) Disponible en 75/75/EEC: Decisión de la Comisión del 19 de diciembre de 1974 relacionada a un procedimiento bajo el Artículo 86º del Tratado de la CEE (IV/28.851 - *General Motors Continental*).

(13) Sentencia del TJCE del 13 de noviembre de 1975, Caso 26-75, *General Motors Continental NV vs. Comisión*.

(14) Al respecto, Posner sostiene que el concepto de costo para los economistas es uno comprensible que incluye un retorno razonable sobre el capital, que es el retorno necesario para atraer la inversión que la firma necesita. Al respecto vide POSNER, Richard, *Antitrust Law*, 2ª ed., Universidad de Chicago, Chicago, 2001, p. 10.

El segundo caso de precios abusivos en la UE fue contra *United Brands Company* (1975), una empresa que, según lo establecido por la CE, tenía posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización (al por mayor) de bananos en una porción importante de la UE en la cual poseía en conjunto una participación de mercado del 45% de la totalidad de las ventas de bananos⁽¹⁵⁾. En este caso, la CE concluyó que *United Brands Company* había fijado precios «inequitativos» en perjuicio de distribuidores y empresas de maduración de bananos verdes en Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca, Alemania y Holanda en contraste con sus clientes establecidos en Irlanda a quienes les cobraba un precio sustancialmente menor, en algunas ocasiones de alrededor del 100% de diferencia. Al respecto, la CE consideró que los costos de desembarco y transporte de bananos verdes desde el puerto de Róterdam en Holanda hacia la ciudad de Dublín en Irlanda no eran sustancialmente diferentes a los costos de desembarco y transporte observados desde ese mismo puerto y el puerto de Bremerhaven en Alemania hacia otros Estados

miembros de la UE y, por ende, no se justificaba objetivamente dicha diferenciación de precios⁽¹⁶⁾. En ese sentido, la CE consideró que la amplia brecha que existía entre los precios que fijaba *United Brands Company* al interior de las distintas zonas de la UE constituía un factor que evidenciaba un abuso de posición de dominio, conforme se aprecia en la siguiente cita:

«El Tribunal de Justicia ha establecido que una amplia variación en el precio que no está justificado sobre bases objetivas puede ser un factor determinante de abuso dentro de los alcances del artículo 86° del Tratado. En este caso las diferencias de precios para las bananas ‘Chiquita’ fijadas por UBC [United Brands] a sus clientes en varios Estados miembros era amplia, particularmente a la vista de que el producto es un alimento ampliamente consumido. Estas diferencias de precios no pueden ser justificadas objetivamente».

(15) *United Brands* mantenía su posición de dominio que le permitía actuar en el mercado relevante con independencia de proveedores y clientes, entre otros factores, mediante la posesión de extensas fuentes de producción de bananos principalmente en Honduras, Costa Rica, Panamá y Colombia así como contratos de futuros comprometiendo la producción en distintos países de Centroamérica y Sudamérica; adicionalmente, contaba con una extensa flota de cargueros y frigoríficos especializados en el transporte rápido de bananos verdes (de entre 3000 y 6000 toneladas métricas) y con facilidades para la maduración de estos en la UE; además, como importador directo contaba con un muy bien establecido sistema de distribución; estableció la prohibición contractual en virtud de la cual los distribuidores y poseedores de facilidades de maduración se encontraban impedidos de revender los bananos verdes en otros países de la UE, esto tenía el efecto de prevenir la competencia al nivel de reventa con la propia denunciada y otras empresas de maduración de otros Estados de la UE; y finalmente, el éxito en el establecimiento de la marca «Chiquita» para la diferenciación de sus productos.

Disponible en 76/353/EEC: Decisión de la Comisión del 17 de diciembre de 1975 relacionada al procedimiento bajo el artículo 86° del Tratado de la CEE (IV/26699 - *United Brands*).

(16) La CE también notó que existía una amplia diferencia de precios (de alrededor del 40%) entre los bananos ofrecidos por *United Brands* bajo la marca «Chiquita» y aquellos que carecían de marca, pese a que estos últimos eran solo ligeramente de menor calidad que los primeros y, además, no existía una diferencia sustancial en costos de *marketing* entre ambas clases de productos. Adicionalmente, la CE observó que los precios que fijaba *United Brands* para sus clientes en todos los Estados miembros, a excepción de Irlanda, eran más altos que los precios de las marcas de sus competidores cuya calidad era comparable con los bananos «Chiquita».

Disponible en 76/353/EEC: Decisión de la Comisión del 17 de diciembre de 1975 relacionada al procedimiento bajo el artículo 86° del Tratado de la CEE (IV/26699 - *United Brands*).

En apelación el TJCE sostuvo, de manera general y al igual que en el caso *General Motors Continental*, que un precio podía ser considerado excesivo, y por tanto, constituir un supuesto de abuso, si no existía una correlación razonable con el valor económico del producto ofrecido. Sin embargo, el TJCE trató en este caso de dar un paso más adelante con relación a lo que ya había establecido anteriormente, al señalar de manera expresa que el carácter excesivo podía ser determinado objetivamente si era posible hacer el cálculo mediante «una comparación entre el precio de venta del producto en cuestión y su costo de producción»; finalmente, el margen de ganancia resultante, si considerado «excesivo», evidenciaría la comisión del abuso o no. Así, para el TJCE las dos cuestiones que debían ser resueltas en estos casos eran: i) si la diferencia entre los costos realmente incurridos y el precio realmente fijado es excesiva y ii) en el caso de ser afirmativa la primera cuestión, si el precio impuesto es inequitativo en sí mismo o comparado con productos de la competencia⁽¹⁷⁾.

Ninguno de los pronunciamientos del TJCE previamente descritos coadyuvó a establecer criterios claros y concretos para determinar cuándo un precio podía ser considerado excesivo o no; por el contrario, la motivación contenida en ambas sentencias era incompleta, meramente declarativa y carente de concreción, pese a que para ese entonces la teoría económica ya se encontraba bastante sofisticada. Así

pues, en *General Motors Continental*, el TJCE no estableció expresamente el nivel por encima del «valor económico del servicio proveído» a partir del cual un precio podía ser considerado excesivo a efectos de la prohibición contenida en el artículo 82º del Tratado de la UE. En ese sentido, de la mera literalidad de la sentencia se podría sostener, ilógicamente, que cualquier precio por encima de un nivel presuntamente competitivo, que es el precio que reflejaría dicho «valor económico», constituiría un precio excesivo⁽¹⁸⁾. Como bien se sabe, la competencia perfecta es solo un modelo teórico-estático utilizado para simplificar y coadyuvar el estudio económico de una realidad social que es dinámica; en tal sentido, este modelo no ha tenido ni tiene una concreción material en la realidad. Por tanto, sería virtualmente imposible y, además, un error metodológico, utilizar como criterio de medición para un presunto precio excesivo, un precio competitivo de mercado conceptualizado solo a nivel teórico.

Asimismo, en ninguno de los casos mencionados, el TJCE estableció claramente cuáles eran los costos relevantes que se debían considerar a efectos de determinar «el valor económico del servicio proveído», «los costos de producción» o «los costos realmente incurridos» en el análisis de precios excesivos. Tampoco señaló en qué nivel determinada ganancia podía ser considerada (o no) excesiva y, por ende, ser evidencia de un abuso explotativo⁽¹⁹⁾.

(17) Sentencia del TJCE del 14 de febrero de 1978, Caso 27-76, *United Brands Company y United Brands Continentaal BV vs. Comisión*.

(18) Así por ejemplo, supongamos que se llega a establecer que el precio competitivo de un producto «X» (que refleja el valor económico del bien) en un mercado determinado es de S/. 10.00, si una empresa con posición de dominio fija un precio de S/. 10.05, ¿podría afirmarse que dicha empresa fija un precio abusivo por el exceso en S/. 0.05? Una respuesta afirmativa podría parecer algo absurda.

(19) Posteriormente, el TJCE se ha pronunciado sobre otros casos de abusos explotativos similares: *Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes - CICCE* (1983), Asunto 298/83; *Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique - SACEM* (1988), Asuntos *cases* 110, 241 y 242/88; entre otros. Recientemente la CE se ha pronunciado sobre un supuesto de precios excesivos en el caso *Deutsche Post AG* (2001), (COMP/C-1/36.915).

4. Críticas contra la aplicación directa de la política de competencia contra las conductas de precios inequitativos o excesivos

La aplicación de la política de competencia a los casos de precios excesivos ha sido extensamente criticada a nivel doctrinario. En primer lugar, se ha señalado que las autoridades de competencia no tendrían la data y experiencia suficientes para sancionar y ejercer cierto control ante un caso de presunta fijación de precios inequitativos en un determinado mercado relevante; ello principalmente porque su intervención en los diferentes sectores de la economía es por naturaleza meramente ocasional. Un caso diferente es el de los organismos reguladores que, en el ejercicio de sus funciones (v. gr. fijación de tarifas), se encuentran avocados a un constante monitoreo (destinando recursos humanos y materiales) de su respectivo sector económico sujeto a regulación por ausencia de competencia efectiva (v. gr. agua y saneamiento, distribución de energía, etc.), generando de esta manera su propio «*expertise*»⁽²⁰⁾.

Otro argumento que se ha esgrimido en la doctrina es que el uso de controles de precios es, en general, contrario a la política de competencia. En ese sentido, la tipificación normativa de los precios excesivos (v. gr. el literal a) del Artículo 82° del Tratado de la UE) serían provisiones peligrosas por al menos dos razones: primero, determinar si un precio es demasiado alto o no, es una decisión que implica un alto grado de arbitrariedad en manos de un grupo de funcionarios públicos que muchas veces no cuentan con la información necesaria y que por

dicha razón sus decisiones podrían ser altamente falibles; y segundo, y acaso el más importante, si hipotéticamente se llegara a comprobar que un precio es realmente excesivo, ¿por qué debería la firma dominante ser sancionada por dicha conducta? Para contestar esta pregunta debe tenerse en cuenta que el poder de mercado que permite a una firma fijar un precio inequitativo (o supracompetitivo) podría surgir de diferentes fuentes⁽²¹⁾:

- a. Podría provenir de un comportamiento anticompetitivo previo que le hubiera permitido a la empresa incumbente mantener o ganar una posición de dominio en el mercado a través de la exclusión de competidores (v. gr. la fijación de precios predatorios). Si este fuera el caso, entonces la agencia de competencia debería instruir al agente dominante por la comisión de la conducta ilícita previa, y no por la fijación de un precio supuestamente «alto» en ejercicio del poder de mercado obtenido ilícitamente.
- b. Podría ser originada por la presencia de altas barreras de entrada al mercado. Si este fuera el caso, dicho mercado sería un candidato perfecto para ser sujeto a una intervención regulatoria, mediante la creación de una agencia especializada con los conocimientos sectoriales necesarios, a efectos de ejercer la función regulatoria⁽²²⁾. Sin embargo, cierto sector doctrinario, reconoce que si una industria no está regulada y la autoridad de competencia resulta competente por disposición legal (v. gr. el literal a del artículo 82° del Tratado de

(20) Vide MOTTA, *Competition policy, theory and practice*, cit., p. 69.

(21) Loc. cit.

(22) En opinión de Motta si se tratan de barreras legales y estas son removidas, aún así sería necesaria la presencia del regulador durante un periodo de transición, debido a que la libre entrada por sí misma e inmediatamente no elimina el poder de mercado de la firma incumbente (loc. cit.).

la UE) para conocer un supuesto de precios excesivos, entonces tendría sentido su intervención a través de dos mecanismos: mediante la imposición de un precio más bajo o, en casos extremos, ordenando la desinversión o partición de la empresa o de sus bienes de capital.

- c. La empresa dominante podría haber adquirido su poder de mercado como consecuencia de su propia eficiencia en inversiones, innovaciones, publicidad, etc. En este caso, la firma tendría el derecho de establecer los precios altos que decida como recompensa al riesgo incurrido por tales inversiones. Lo contrario, podría generar el efecto en el mercado de desincentivar la inversión de todo tipo en el futuro.

Adicionalmente, se ha criticado esta figura argumentado que si un agente con posición de dominio es capaz de fijar un precio presuntamente excesivo o por encima de un nivel competitivo, entonces, debería esperarse que ante la ausencia de barreras a la entrada, ello incentive inevitablemente a otros agentes oferentes a ingresar al mercado con el fin de obtener para sí parte de esta ganancia monopólica. El ingreso de nuevos agentes en la industria, se traducirá en un aumento en las cantidades producidas y ofrecidas en el mercado, generando una reducción de precios hasta llegar a un equilibrio cada vez más cercano al óptimo competitivo. En ese sentido, se podría afirmar que la fijación de precios supracompetitivos durante ciertos lapsos temporales resultaría connatural con la lógica del mercado, por lo tanto, la intervención de la agencia de competencia en estos casos podría distorsionar este proceso natural⁽²³⁾.

Otra crítica que ha surgido en la doctrina es la dificultad de establecer qué estándar de evaluación se debe utilizar para determinar si un precio es realmente explotativo o no. El cálculo de «el precio razonable» estimando un margen aceptable de ganancias sobre los costos totales de la empresa es muy dificultoso. En primer lugar, cabría preguntarse ¿cuáles son los costos relevantes de producción a tomarse en cuenta: o los costos históricos o los costos actuales? En segundo lugar, si se tratara de una empresa multiproducto estaría presente el problema de cómo asignar algún costo común entre sus diferentes productos a efectos de conocer si la firma está obteniendo ganancias irrazonables en uno de los mercados concretos en los que tiene posición de dominio⁽²⁴⁾.

Finalmente, se ha señalado que incluso aceptando el control de precios excesivos mediante las normas de competencia, existe la dificultad de establecer una regla jurídica concreta y precisa para la evaluación de estos supuestos. La economía en un mundo globalizado exige que los Estados modernos garanticen cierta seguridad jurídica que permita a los agentes del mercado poder prevenir los efectos y consecuencias jurídicas de sus conductas y relaciones que establezcan en el mercado. Esta seguridad jurídica se logra a través de un catálogo normativo estable que, aunque pueda variar en las formas, mantenga una coherencia de largo plazo avocada a una política determinada; también se logra mediante la predictibilidad en las decisiones de los órganos administrativos y judiciales encargados de aplicar las leyes. El Derecho de defensa de la competencia, en tanto que sancionador, tampoco escapa a esta exigencia, por lo que los agentes deben tener claro bajo qué criterios, de ser el caso, una autoridad de

(23) Vide, WHISH, *Competition Law*, cit., p. 688.

(24) *Ibidem*, p. 689.

competencia puede considerar que se está cometiendo un abuso explotativo en la modalidad de fijación de precios excesivos⁽²⁵⁾.

5. Los precios excesivos en la jurisprudencia y legislación peruana: finalidad de la política peruana de competencia.

5.1. Los orígenes del debate: caso AFP

Como se ha referido al inicio del presente artículo, la discusión sobre la aplicación del Decreto Legislativo N° 701⁽²⁶⁾ a los supuestos de abuso explotativo en la modalidad de fijación de precios excesivos, no ha sido de reciente discusión en la jurisprudencia administrativa del Indecopi.

En el año 2003, la Comisión emitió la Resolución N° 054-2003-INDECOPI/CLC del 10 de diciembre, en la denuncia interpuesta por *Central Unitaria de Trabajadores del Perú y Sr. Diez-Canseco Cisneros contra AFP Horizonte y otras AFP*⁽²⁷⁾, entre otros, por la presunta fijación de comisiones excesivas por el servicio de administración de cartera de los fondos previsionales de cada uno de los afiliados al Sistema Privado de Pensiones.

En este pronunciamiento la Comisión consideró necesario realizar un análisis sobre la finalidad de la política de competencia peruana, conforme al marco constitucional y legal vigente⁽²⁸⁾, a efectos de determinar su competencia o no para conocer las prácticas de abuso exclusorias y/o explotativas. Escapa del propósito de este artículo describir al detalle este análisis jurídi-

(25) Loc. cit.

(26) Norma en virtud de la cual se «eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia».

(27) En un primer momento, luego de una presunta reunión orientativa con la Secretaría Técnica, los denunciantes cambiaron los términos de su denuncia inicial de abuso de posición de dominio en la modalidad de fijación de comisiones excesivas por una de cláusula de atadura al considerar que las AFP estaban obligando a sus afiliados a contratar el servicio de administración de cartera activa que consideraban un servicio adicional al de administración pasiva. En este sentido, mediante Resolución N° 011-2003-INDECOPI/CLC del 25 de junio, la Comisión resolvió declarar improcedente la denuncia de abuso de posición de dominio en el extremo de cláusulas de atadura.

La Sala revocó el pronunciamiento de la Comisión mediante Resolución N° 0429-2003/TDC-INDECOPI del 6 de octubre, al considerar que la versión inicial de la denuncia era clara al señalar que «*la pretensión que se persigue es que las AFP sean sancionadas por abusar de su posición de dominio en el mercado mediante el cobro de comisiones excesivas por la administración de la cartera de inversiones [...]*». La orientación recibida por la Secretaría Técnica habría hecho que los denunciantes realicen un esfuerzo de tipificación para hacer que los hechos denunciados calcen en la calificación del supuesto de infracción descrito en el literal c del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701. En consecuencia, la Sala declaró expresamente que la denuncia inicial hacía referencia a un supuesto de precios excesivos derivado de la condición de monopolio en el cual se desarrolla la actividad y que dicha conducta se encontraría tipificada en el literal f del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.

Posteriormente, declarando procedente un pedido de aclaración, parecería que la Sala dio un paso atrás con relación a lo categórico de su decisión inicial ya que mediante Resolución N° 0474-2003/TDC-INDECOPI del 29 de octubre, aclaró que su decisión debía ser entendida solamente en el sentido de que la «admisión decretada por la Sala determina que la autoridad de primera instancia debe pronunciarse sobre la procedencia de la denuncia en los términos en que fue originalmente planteada».

(28) Dado que se trataba de establecer si los hechos denunciados (precios abusivos) se encontraban tipificados y, por ende, plausibles de sanción, la Comisión consideró que correspondía realizar una interpretación restrictiva de las normas constitucionales y legales vigentes. Ello, conforme al numeral 4 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que prohíbe la interpretación extensiva de las normas legales que tipifican supuestos de infracción.

co⁽²⁹⁾; sin embargo, sí cabe señalar que la Comisión concluyó que:

«Conforme lo estipula la norma antes glosada [artículo 1° del Decreto Legislativo N° 701], la finalidad de la defensa de la competencia es que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

[...]

el objetivo de la legislación de competencia es garantizar y preservar el proceso competitivo, pues mediante este se maximiza el bienestar social, en general, y el bienestar de los consumidores y usuarios, en particular.

Cualquier intervención o distorsión en la libre determinación de los precios y cantidades producidas determinará un alejamiento del resultado de un mercado competitivo, produciendo con ello una deficiente asignación de recursos y una pérdida de bienestar social.

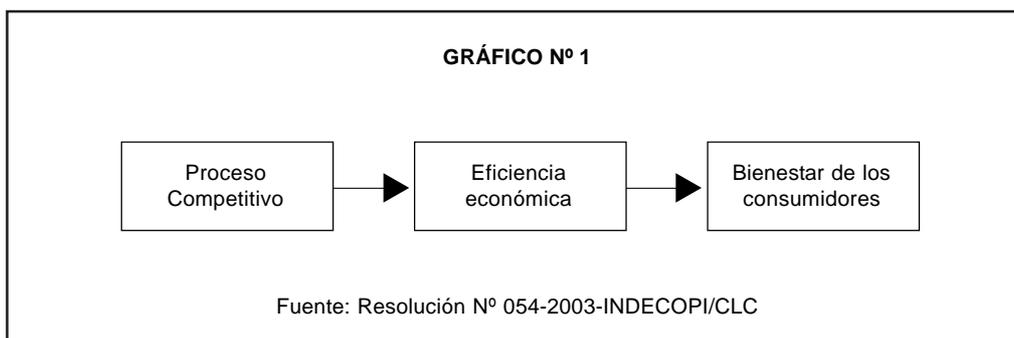
[...].

Es así que la finalidad última de una política de competencia es mejorar el bienestar del consumidor, pero siempre que esta mejoría sea fruto de la competencia del proceso competitivo...

[...]

Lo anterior evidencia que el bien jurídico tutelado por las normas de defensa de la competencia es el proceso competitivo en sí mismo, toda vez que este genera eficiencias productivas e innovativas en el mercado y, a su vez, estas eficiencias maximizan el bienestar de los consumidores».

Como se puede inferir de las citas precedentes, en opinión de la Comisión la finalidad de la política de competencia peruana era propiamente *la tutela del proceso competitivo* y, solo de manera derivada, a través de la tutela de dicho bien jurídico, se alcanzaría el bienestar de los consumidores producto de las eficiencias alcanzadas en un entorno competitivo. Esta relación de causalidad se aprecia en el gráfico siguiente:



(29) Los considerandos de la Resolución N° 054-2003-INDECOPI/CLC son bastantes claros en el razonamiento jurídico, por lo que el lector puede dirigirse directamente a ella para mayor detalle.

Basándose en esta interpretación, sobre la finalidad de la política de competencia en el Perú, la Comisión declaró improcedente la denuncia interpuesta contra AFP Horizonte y otras AFP en el extremo sobre fijación de comisiones excesivas, al considerar que esta conducta no afectaba el proceso competitivo en sí mismo, por cuanto no tenía como efecto directo excluir del mercado relevante a competidores actuales o potenciales. La Comisión consideró que esta conducta no calzaba dentro de los supuestos típicos de «efectos equivalentes» (conforme al supuesto enunciativo contenido en el literal f del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701) que suponga una afectación al *proceso competitivo* como bien jurídico tutelado.

En apelación, mediante Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI del 4 de junio, la Sala opinó que la Comisión habría cometido un error de apreciación al considerar que el objeto de la política de competencia peruana sería la tutela

directa del proceso competitivo y, a través de esta, procurar el mayor beneficio de los consumidores. Para ello, la Sala cuestionó el hecho que la Comisión haya asimilado los términos de «abuso de posición de dominio» o «monopólica» contenidos en el artículo 61° de la Constitución Política⁽³⁰⁾ (confrontado con el Decreto Legislativo N° 701) como conceptos sinónimos y cuya raíz sería la figura de la «*monopolization*» propio del derecho *antitrust* estadounidense que hace referencia al ejercicio del poder de mercado con fines exclusorios⁽³¹⁾.

Conforme a dicha opinión, una interpretación del referido precepto constitucional en este sentido implicaría la exclusión de los abusos explotativos del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701, lo cual no se encontraría acorde con el espíritu de la Constitución Política que establece «un régimen de protección plena a los derechos de los consumidores⁽³²⁾ y consagra el sistema económico como

(30) Constitución Política del Perú

«**Artículo 61°.**- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

[...].».

(31) En efecto, en su resolución la Sala señala que «*el intento de asimilar la norma nacional a la Sherman Act del Derecho de la competencia norteamericano –la cual claramente no incluye ninguna figura relacionada con el abuso de posición de dominio, sino que se limita a prohibir y sancionar los casos de monopolización o intento de monopolización, es decir, las conductas exclusorias– es un intento fallido, pues el Decreto Legislativo N° 701 contiene expresamente la prohibición del abuso de posición de dominio en el mercado –inspirándose directamente en la legislación comunitaria europea– y no una prohibición de ‘prácticas monopólicas relativas’ o de ‘monopolización’ al estilo norteamericano y mexicano.*».

(32) La Sala fundamenta este deber especial de protección del Estado en defensa de los consumidores citando la sentencia del 24 de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC, en virtud de la cual el Tribunal Constitucional estableció que: «La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios [...] el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios [...]».

Creemos que la referencia a esta sentencia por parte de la Sala no sería del todo pertinente. Primero, se trata de una sentencia referida a la actuación del Osiptel en un sector que, por sus características estructurales, se encuentra sujeto a regulación o supervisión por adolecer de bajos niveles de competencia (o ausencia de ella), distinto a la actuación del Indecopi que se desarrolla en mercados donde la competencia es posible, pero que por la conducta indebida de los agentes el mercado se ve restringido artificialmente. En segundo lugar, se trata de una interpretación que el Tribunal Constitucional realiza sobre el artículo 65° de la Constitución Política, base del desarrollo normativo de la política

un medio para la realización de la persona humana y no como un fin en sí mismo».

Por el contrario, de acuerdo con la Sala, cuando el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701⁽³³⁾ hace referencia a que la conducta abusiva tenga el fin de causar perjuicios a «otros», se estaría refiriendo a «otros» agentes en el mercado, concepto que evidentemente no solo incluye a los competidores, sino también a los consumidores quienes pueden ser directamente perjudicados por la comisión de abusos explotativos, tales como la fijación de precios excesivos.

En consecuencia, el colegiado de segunda instancia concluyó que, conforme a la normativa constitucional y legal vigente, la finalidad de la política de competencia en el Perú en última instancia era procurar el mayor bienestar de los consumidores, tal como se cita a continuación:

«[...] la finalidad que persigue el deber estatal constitucional de facilitar y vigilar la libre competencia, el cual,

en última instancia y a la luz del 'deber especial de protección' del Estado, no es otro que procurar el mayor bienestar de los consumidores» (las cursivas son nuestras).

Esta decisión significó un cambio en el paradigma que había guiado la política de competencia en el Perú hasta ese momento, desde un esquema que confiaba más en las fuerzas propias del mercado hacia otro que confiaba más en la intervención de la agencia pública. Así, antes de la emisión de esta resolución, la opinión de la autoridad de competencia sobre este tópico, tanto en primera como en segunda instancia, había sido que los denominados abusos explotativos se encontraban al margen de la política de competencia y que solo eran reprochables los abusos anticompetitivos⁽³⁴⁾.

Conforme al razonamiento descrito precedentemente, la Sala estimó que la fijación de precios excesivos calzaría dentro del supuesto de infracción del literal f del artículo 5° del De-

peruana de protección a los consumidores; sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha realizado una interpretación conjunta de ambos preceptos constitucionales (artículos 61° y 65°) a efectos de establecer los límites y coincidencias entre las políticas de competencia y protección al consumidor en el Perú.

Si bien es cierto que en esta sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce que la actuación del Estado debe estar orientado a la tutela de la defensa de los intereses de los consumidores, dicha tutela no necesariamente debe ser interpretada como una actuación directa, sino que en determinados casos puede consistir en una tutela indirecta mediante el establecimiento de las condiciones de mercado necesarias que finalmente repercuten en beneficio de los consumidores y la ciudadanía en general. Así por ejemplo, cuando el Estado dirige su política laboral a efectos de que la inversión privada cree nuevos puestos de trabajo, está creando las condiciones necesarias que finalmente redundarán en beneficio de los ciudadanos; el Estado no requiere decretar directamente que el sector privado o público contraten la mano de obra de cierto sector o número de ciudadanos, lo cual estaría contrapuesto con el modelo económico y el ordenamiento jurídico peruano.

(33) Decreto Legislativo N° 701

«**Artículo 5°.**- 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».

(34) Ejemplo de ello son las siguientes resoluciones: Resolución N° 003-93-INNDECOPI-CLC; Resolución N° 046-2003-INDECOPI/CLC, Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOPI, Resolución N° 0131-2003/TDC-INDECOPI y una serie de informes de la Secretaría Técnica de la Comisión. Para mayor referencia sobre pronunciamientos en este sentido, al respecto vide DIEZ-CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique, «Precios excesivos: Una mirada a la luz del Derecho comparado», en *Advocatus*, N° 10, 2004, Lima, pp. 347 y ss.

creto Legislativo N° 701⁽³⁵⁾. En efecto, en opinión de la segunda instancia, las modalidades de abuso referidas a: i) negativas injustificadas de contratar, ii) trato discriminatorio y iii) cláusulas de atadura, contenidas a título de ejemplo en los literales a, b y c del referido artículo, respectivamente, pueden tener tanto una finalidad explotativa como una exclusoria dependiendo del caso concreto. En consecuencia, los «otros casos de efecto equivalente» al cual hace referencia el mencionado literal f incluiría a todas aquellas modalidades de abuso no contemplados expresamente pero que tienen el mismo efecto explotativo y/o exclusorio, entre ellos, los precios predatorios, la fijación de precios explotativos, etc.⁽³⁶⁾.

Ahora bien, la resolución de la Sala adolece de un vacío importante. Pese a que se estableció inequívocamente que la fijación de precios excesivos sería sancionable conforme a la normativa peruana, el colegiado de segunda instancia omitió pronunciarse sobre cuándo o en qué circunstancias, a su entender, un precio resulta excesivo a efectos de ser considerado una infracción sancionable por la autoridad competente ni mucho menos estableció un método de evaluación para determinar si un precio es abusivo o no⁽³⁷⁾. Como se ha mencionado en el acápite precedente, esta circunstancia preocu-

pa en cuanto atañe a la seguridad jurídica del mercado privando a los administrados de la posibilidad de prever de manera más o menos precisa, si su actuación puede constituir una infracción o no.

5.2. *El nuevo criterio: AATC vs. Consettur*

Han pasado algo más de tres años para que, mediante Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de septiembre, la Comisión vuelva a pronunciarse sobre sus competencias o no para conocer supuestos de abuso en la modalidad de fijación de precios excesivos, en la denuncia interpuesta por la *Asociación de Agencias de Turismo del Cusco* (en lo sucesivo, AATC) *contra Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu - «Consettur Machupicchu S.A.C. (en adelante, Consettur)»*.

En efecto, conforme se desprende del caso, Consettur sería la titular de la concesión en exclusiva para la prestación del servicio de transporte terrestre en la ruta comprendida entre el poblado de «Aguas Calientes» y el complejo arqueológico de «Machupicchu»⁽³⁸⁾. La importancia de esta concesión radicaría en que el servicio cedido sería la única vía idónea para que los turistas nacionales y extranjeros provenientes de la ciudad del Cusco, puedan ser trans-

(35) **Decreto Legislativo N° 701**

«**Artículo 5°.**- Son casos de abuso de posición de dominio:

[...].

f. Otros casos de efecto equivalente».

(36) Pese a lo sostenido en contra de la opinión de la Comisión, la Sala término por confirmar la resolución de primera instancia y declarar improcedente la denuncia interpuesta contra las empresas de AFP.

(37) La Sala solo se limitó a citar los casos de *General Motors Continental* y *United Brands* en los cuales se hace referencia a «la posibilidad de la existencia de un abuso consistente en la imposición de un precio excesivo en relación con el valor económico del servicio provisto», pero sin señalar expresamente que ello podría constituir el supuesto de precio abusivo.

(38) Derecho que le habría sido adjudicado por la autoridad municipal local desde agosto de 1995 hasta la fecha. Al respecto vide el documento instructivo de la Secretaría Técnica, Informe N° 053-2007-INDECOPI/ST-CLC del 27 de julio, p. 3.

portados desde la estación del ferrocarril ubicado en el mencionado poblado (km 0) hasta el complejo arqueológico (km 9.2)⁽³⁹⁾.

La AATC señaló que la concesión le otorgaba a Consettur un poder de mercado monopólico en la medida que era casi imposible la presencia de competidores reales y potenciales en el mercado, y que al no estar sujeta a regulación tarifaria, la denunciada fijaba sus precios arbitrariamente. En ese sentido, interpuso una denuncia por presunto abuso de posición de dominio al considerar que Consettur estaría fijando precios excesivos en la prestación del servicio de transporte concesionado⁽⁴⁰⁾.

Luego de un examen de admisibilidad y procedencia del caso⁽⁴¹⁾, mediante Resolución N° 025-2005-INDECOPI/CLC del 16 de mayo, la Comisión resolvió «admitir»⁽⁴²⁾ a trámite la denuncia interpuesta⁽⁴³⁾. Lo resaltante de esto, es que

la Comisión basó su decisión de apertura, casi íntegramente, en la opinión de la Sala contenida en la resolución descrita en el acápite precedente, siendo tales fundamentos posteriormente, en este mismo caso, desestimados por la Comisión en la Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC conforme se apreciará a continuación⁽⁴⁴⁾.

En efecto, pese a lo establecido por la Sala, la Comisión ha vuelto a sostener que, conforme al artículo 61° de la Constitución Política y el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 701, el objetivo de la normativa peruana de competencia es «eliminar las prácticas que afectan la libre competencia, estableciéndose además, que ello se produce con la finalidad de que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores». Por tanto, para la Comisión las normas peruanas de defensa de la competencia tienen por objetivo «eliminar aquellas prácti-

(39) Al respecto, vide el documento instructivo de la Secretaría Técnica, Informe N° 053-2007-INDECOPI/ST-CLC, p. 4.

(40) Según denunció AATC, Consettur tenía un tarifario escalonado que discriminaba según nacionalidad, edades, entre otros conceptos, alcanzando un precio máximo de US\$ 12.00 por cada adulto extranjero y US\$ 9.00 por cada adulto nacional, Al respecto, vide el documento instructivo de la Secretaría Técnica, Informe N° 053-2007-INDECOPI/ST-CLC, pp. 3 y ss.

(41) En el examen de procedencia, primero, la Comisión analiza si resulta competente (por la materia) para conocer los hechos denunciados. Así por ejemplo, si se denuncia que una municipalidad abusa de su posición de dominio al cobrar tasas por parqueo en determinadas zonas de un distrito, la Comisión declarará su incompetencia ya que de los hechos denunciados se desprende que se trata de un supuesto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado que no constituye abuso de posición de dominio. Una vez que la Comisión ha establecido que el hecho denunciado es una materia de libre competencia, procederá a analizar si de la denuncia se desprenden indicios razonables que justifiquen la apertura del procedimiento administrativo sancionador.

(42) Cuando se declara «admitir» a trámite la denuncia, no se está haciendo referencia solo a que se ha cumplido con los requisitos formales de admisibilidad. Se trata más bien de una resolución que tiene la naturaleza similar a un «auto apertorio de instrucción», en virtud del cual, luego de analizar los requisitos de admisibilidad y procedencia, la Comisión formula los cargos de la denuncia y corre traslado de ella al denunciado.

(43) Conforme al numeral 3 del artículo 234° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la Comisión señaló que los hechos a ser investigados podrían ser calificados como un supuesto de infracción contenido en el artículo 3° y 5° del Decreto Legislativo N° 701 y sujeto a las sanciones contenidas en el artículo 23° del referido cuerpo normativo.

(44) Al respecto, la Comisión reconoció que recogió el antecedente de la Sala para admitir a trámite la denuncia, no obstante consideró necesario retomar el análisis de sus competencias para conocer el supuesto de abuso denunciado. Ello, considerando que lo resuelto por la Sala no constituye un precedente de observancia obligatoria y podría tener una opinión diferente. Al respecto, vide la Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC, p. 7.

cas que vulneran el proceso competitivo» y, en este sentido, deben ser entendidas las funciones de la autoridad de competencia en cuanto a monitorear el mercado para reprimir aquellas prácticas que tengan el efecto de distorsionar la libre competencia⁽⁴⁵⁾.

Bajo este punto de vista, la Comisión ha sostenido, a diferencia de su superior jerárquico, que el deber especial de protección de los consumidores a cargo del Estado se presenta de manera derivada o indirecta a través de la tutela del *proceso competitivo* que es el bien jurídico protegido por la política de competencia.

- J572 La Comisión concluyó, de esta manera, que los abusos de posición dominante que afectan negativamente el bien jurídico tutelado *proceso competitivo* o *libre competencia* son solo aquellos que tienen por finalidad excluir a competidores actuales o potenciales del mercado por causas distintas al mero daño concurrencial lícito basado en eficiencias. Por el contrario, los denominados abusos explotativos en la medida que son la plasmación del ejercicio directo del poder de mercado sobre los consumidores, no afectan las condiciones de competencia en sí misma y, por ende, se encontrarían fuera del ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia peruana.

Finalmente, la Comisión consideró que una interpretación que excluye los supuestos de abuso explotativo en la modalidad de precios inequitativos es concordante con lo dispuesto

expresamente en el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, norma que al igual que el Decreto Legislativo N° 701 forman parte del conjunto normativo de desarrollo constitucional referido al régimen económico reconocido en la carta magna, y cuyo artículo 4° señala expresamente: «La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por ley del Congreso de la República».

En la medida que un procedimiento administrativo contra la fijación abusiva de precios inequitativos supone que la autoridad de competencia declare expresamente si determinado precio resulta (o no) ilegal por ser excesivo; ello supone en la práctica que la autoridad administrativa de competencia fije indirectamente el precio que consideraría «justo». Si bien no ordena directamente que la infractora cobre tal o cual precio, sí le impondría sanciones hasta que, a «criterio» de la autoridad administrativa, el precio llegue a un parámetro lícito no abusivo y, de esta manera, estaría fijando el precio indirectamente⁽⁴⁶⁾. Por lo tanto, es en este sentido que la sanción de este tipo de conductas iría contra el espíritu mismo de todo el conjunto normativo que comprende el régimen económico de la Constitución.

(45) Esta línea de pensamiento es básicamente la misma esbozada por la Comisión en la Resolución N° 054-2003-INDECOPI/CLC, en el caso AFP.

(46) Sobre el particular, cabe señalar que en la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, la Sala reconoció esta prohibición legal expresa de fijar precios por parte de la administración pública; sin embargo, posteriormente esbozó un intento de diferenciación, a nuestro criterio claramente contradictorio y que de su sola lectura nos soslaya de un mayor comentario, señalando que una cosa es la intervención mediante la potestad sancionadora propia de la Comisión y otra distinta es la intervención mediante la potestad regulatoria que implica una fijación de precios. Para un mayor alcance de esta contradicción, al respecto vide DIEZ-CANSECO/PASQUEL, «Precios excesivos: Una mirada a la luz del Derecho comparado», cit., pp. 348 y 350.

6. ¿Cuál debe ser el objetivo de una política de competencia?

Como se ha observado en el acápite anterior, la Comisión ha realizado un ejercicio de interpretación jurídica, a efectos de dilucidar el real objetivo de la política de competencia peruana a la luz de los preceptos constitucionales y legales vigentes, concluyendo (acertadamente a nuestro parecer) que dicha finalidad no sería otra que proteger y garantizar el *proceso competitivo* o la *libre competencia*, lo cual redundará finalmente en beneficio de los consumidores. Es propósito de este acápite no solo conformarnos con la mera interpretación normativa, sino además explicar los argumentos teóricos por los cuales dicha finalidad es la más eficiente para una política de competencia.

En un mercado cercano al modelo de competencia perfecta⁽⁴⁷⁾ se espera que los productores asignen sus recursos de manera cada vez más eficiente, reduciendo sus costos de producción a efectos de ofrecer un precio más atractivo para el consumidor (eficiencia productiva), y/o invirtiendo en el mejoramiento de sus productos que les permita posicionarlos en el mercado –v. gr. calidad, marca, etc.– (eficiencia innovativa). A medida que va aumentando la producción como consecuencia del libre acceso al mercado se observará que los precios se-

rán presionados a la baja hasta llegar a un equilibrio o precio competitivo igual al costo marginal⁽⁴⁸⁾ de producción, por debajo del cual, ningún oferente querrá vender sus productos en el mercado (eficiencia asignativa).

Los consumidores, de esta manera, se beneficiarán: i) con una mayor alternativa de elección entre los distintos productos ofrecidos en el mercado, ii) con la mayor calidad posible del producto considerando su costo de producción y iii) pagando el menor precio posible. Por tanto, un entorno competitivo permitirá a los consumidores satisfacer sus necesidades de una manera más óptima dadas sus restricciones presupuestarias.

En este tipo de mercados con características competitivas, el precio y la cantidad de producción son determinados por la libre interacción de la totalidad de productores (oferta)⁽⁴⁹⁾ y consumidores en el mercado relevante (demanda)⁽⁵⁰⁾. En este sentido, los precios constituyen señales que informan a los agentes de mercado acerca del grado de escasez de un producto determinado. Si un precio es alto podría significar que existe una ineficiente provisión del producto, incentivando el ingreso de nuevas ofertas. Si un precio es bajo podría ser la señal de que existe una sobreproducción ineficiente de dicho producto, incentivando la

J573

(47) El modelo puro de competencia perfecta es ideal en el sentido de que no tiene un sustento empírico o material sino meramente teórico. Por ello, se afirma que en la realidad solo observarían mercados cercanos o con ciertas características o elementos de competencia perfecta o de monopolio puro. Al respecto, vide MANKIW, Gregory, *Principios de economía*, trad. Esther Rabasco Espáriz y Luis Toharia Cortés, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 314; SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, *Economía*, 12ª ed., trad. Luis Toharia Cortés, McGraw-Hill, México D.F. 1986, p. 642.

(48) En teoría económica el costo marginal de producción se entiende como aquel aumento que experimenta el costo total como consecuencia de producir una unidad más. Al respecto vide, MANKIW, *Principios de economía*, cit., p. 256.

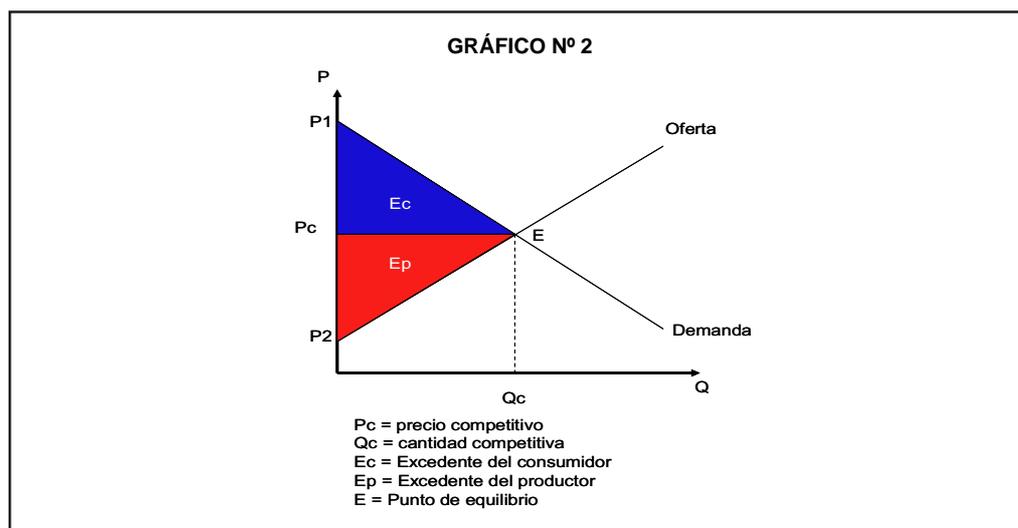
(49) La curva de oferta representa el número total agregado de productores en el mercado. Cada punto a lo largo de esta curva de pendiente positiva representa el precio mínimo que un productor está dispuesto a cobrar por una unidad de su producto. Al respecto vide HYLTON, Keith, *Antitrust Law, Economic and theory and common law evolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 2.

(50) La curva de demanda representa el número total agregado de consumidores en el mercado. Cada punto a lo largo de esta curva de pendiente negativa representa el precio máximo que un consumidor está dispuesto a pagar por un determinado producto (loc. cit.).

salida de las empresas menos eficientes. El equilibrio se establecerá cuando el número de unidades producidas ofrecidas en el mercado sea similar o más cercana (o «igual», según el modelo ideal) a la cantidad demandada⁽⁵¹⁾. En este nivel de equilibrio se establecerá el denominado precio competitivo que es el mínimo que el oferente marginal está dispuesto a aceptar y el máximo que el consumidor marginal está dispuesto a pagar⁽⁵²⁾.

- J574 El nivel de equilibrio alcanzado por el proceso competitivo maximiza el *bienestar de la sociedad* medido como la suma de los denominados *excedente del consumidor* y *excedente del productor*. El primero se refiere a la ganancia agre-

gada por el lado de la demanda medido como el ahorro de todos aquellos consumidores que valorando más el bien (se encuentran en el lado más alto de la pendiente de la curva de la demanda) están dispuestos a pagar un mayor precio por él, pero que sin embargo se benefician del precio competitivo que es menor⁽⁵³⁾. El segundo se refiere a la ganancia por el lado de la oferta medido como el beneficio que obtienen todos los oferentes, que estando dispuestos a cobrar un menor precio por el producto (se encuentran en el lado más bajo de la curva de oferta), se benefician del precio de mercado o competitivo que es mayor. El gráfico a continuación muestra esta situación de máximo bienestar social descrita en el presente párrafo:



(51) En este equilibrio los recursos escasos de la sociedad están asignando a su mejor valor, de tal manera que ninguna asignación alternativa podría hacer que alguien esté mejor sin empeorar la situación de otro. Al respecto, vide ARMENTANO, Dominick, *Antitrust and Monopoly*, 2ª ed., Independent Institute, Oakland, 1999, p. 15.

(52) El consumidor y productor marginales confluirán en el punto de equilibrio de la oferta y la demanda (punto E del gráfico). En ese sentido, se colige que el consumidor marginal será indiferente entre comprar el bien o quedarse sin su disfrute, dado el precio competitivo; mientras que el productor marginal es indiferente entre vender al precio de mercado o quedarse con su producción. Al respecto, vide HYLTON, *Antitrust Law, Economic and theory and common law evolution*, cit., p. 3.

(53) Así por ejemplo, si se oferta un bien en una subasta con un precio base de US\$ 10.00 y «X» lo valora en US\$ 60.00, pero paga por este US\$ 40.00, entonces el comprador habrá obtenido un beneficio o un excedente del consumidor de US\$ 20.00. Al respecto vide MANKIW, *Principios de economía*, pp. 130 y 131.

J575 Bajo esta concepción, se afirma que el *proceso competitivo* debe ser el real objetivo de una política de competencia⁽⁵⁴⁾ eficiente, en la medida que la garantía y protección de este proceso en los diferentes mercados derivará inexorablemente en un resultado final de *maximización del bienestar de la sociedad*, incluyendo el bienestar de los consumidores medido como el «*excedente del consumidor*»⁽⁵⁵⁾.

Cuando un agente obtiene o mantiene una posición dominante mediante la exclusión del mercado de competidores reales y potenciales producto de sus propias eficiencias traducidas en ahorro de costos, captación de preferencias de los consumidores, etc., estas conductas son propias y congruentes con la naturaleza y lógica misma de un mercado competitivo. En este caso, el proceso competitivo se ve limitado (entendido como la restricción de un real juego competitivo por ausencia de agentes competidores), de manera natural (y no artificial) de acuerdo con un mercado con características de competencia. Los abusos explotativos, primero, no restringen ni limitan el *proceso competitivo* en sí mismo, y segundo, en la medida que la firma alcance su posición de dominio mediante sus eficiencias, es natural con la lógica del mercado que posteriormente pretenda explotar el poder alcanzado.

Distinto es el caso de una firma que mantiene o adquiere su posición de dominio, excluyendo a competidores reales y potenciales del mercado mediante conductas abusivas que no traducen la generación de eficiencias (v. gr. una negativa injustificada de trato, contratos atados, precios predatorios⁽⁵⁶⁾, etc.), y que, por lo tanto, significan una restricción *artificial* y no natural a la libre competencia. Asimismo, cuando un grupo de competidores acuerdan, convienen o se ven inmersos en una práctica concertada en virtud de la cual deciden, por ejemplo, fijar un precio (o fijar un margen de ganancia, reducir la producción en el mercado o establecer cualquier otra condición comercial), también estarían restringiendo el proceso competitivo *artificialmente*, por cuanto es a través de su voluntad dolosa bilateral y no mediante el mecanismo natural del mercado que se estaría fijando un factor de competencia tan importante como es el precio.

En consecuencia, se puede colegir que las normas de competencia deben estar avocadas a prevenir y sancionar solo aquellas conductas que restrinjan o limiten *artificialmente* el proceso competitivo en el mercado y, por ende, no serán sancionables aquellas conductas que aunque signifiquen una limitación a dicho proceso, sean consecuencia natural de la estructura, característica y lógica misma del mercado⁽⁵⁷⁾.

(54) Este es el objetivo que la mayoría de las políticas de competencia en el mundo buscan alcanzar. Para mayor referencia vide OECD Secretariat, «The objectives of competition law and Policy and the optimal design of a competition agency», en *OECD Journal of Competition Law and Policy*, Vol. 5, N° 1, 2003, p. 9. En el mismo sentido, el asistente del Procurador General para *Antitrust* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, Thomas O. Barnett, en comunicación oficial comentando la decisión de la CE sobre el caso Microsoft dijo: «En los Estados Unidos, las leyes *antitrust* son aplicadas para proteger a los consumidores mediante la protección del proceso competitivo, no a los competidores», en www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.htm.

(55) Al respecto, Motta ha señalado que «el bienestar económico es el objetivo que las autoridades de competencia y las cortes deben perseguir» (MOTTA, *Competition policy, theory and practice*, cit., p. 30).

(56) Hay que reconocer que en el caso de los precios predatorios es difícil establecer cuándo un precio bajo obedece a eficiencias en reducción de costos de producción o, por el contrario, cuando a una reducción artificial por debajo de costos con el mero objetivo de desplazar a competidores reales y potenciales del mercado.

(57) Un ejemplo de este tipo de conductas son los casos de un oligopolio que debido a la interdependencia entre sus agentes determinada por la propia estructura del mercado actúan de manera conscientemente paralela, restringiendo

En este sentido, el Decreto Legislativo N° 701 sanciona como supuestos de infracción, los abusos de posición de dominio exclusorios y las prácticas colusorias.

Ahora bien, la *maximización del bienestar social* mediante la preservación del proceso competitivo no sería el único objetivo que han perseguido las diferentes políticas de competencia comparadas⁽⁵⁸⁾. En un primer estadio del derecho *antitrust* estadounidense, por ejemplo, las Cortes consideraron que el objetivo de su ley de competencia, la *Sherman Act*, era mantener una estructura de mercado lo más atomizado posible mediante *la protección de las pequeñas y medianas empresas*⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, se ha sostenido que este objetivo podría tener el efecto perverso de coadyuvar a que las empresas se mantengan artificialmente en el mercado cuando en realidad no estarían operando a una escala eficiente⁽⁶⁰⁾.

La *promoción de la integración de los mercados* ha sido otra finalidad que se puede observar particularmente como eje de la política de competencia de la UE conforme se desprende del espíritu y el propio texto del Tratado de la UE. No obstante, se ha considerado que esta finalidad es meramente política y que no necesariamente está relacionada con la preservación

de la competencia propiamente dicha. Así por ejemplo, cuando la CE ha sancionado a empresas que discriminan precios entre los distintos Estados miembros como en el caso *United Brands* en realidad se habría estado buscando garantizar la integración del mercado a través de la libre fluidez de productos en las mismas condiciones comerciales⁽⁶¹⁾.

También se ha señalado como finalidad de la política de competencia la protección del *bienestar de los consumidores* medido en términos de maximización del *excedente consumidor* tal como se ha descrito en líneas precedentes. Bajo este objetivo las autoridades de competencia deben estar avocadas a garantizar directamente que los consumidores no sean objeto de prácticas abusivas o colusorias que perjudiquen o disminuyan su excedente, que obtendrían bajo condiciones de competencia. En este sentido, el consumidor será objeto de una tutela directa y no indirecta.

Esta sería la finalidad perseguida por aquellas normas de competencia que tipifican expresamente los supuestos de abuso en la modalidad de fijación de precios «inequitativos» (v. gr. Tratado de la UE, *Competition Act (1998)* del Reino Unido, la Ley de Defensa de la Competencia española, 15/2007, etc.) por cuanto, como

la competencia sin que para ello hayan incurrido en un acuerdo de voluntades o práctica concertada propiamente dicho. Este tema amerita su propio desarrollo en otro artículo.

(58) Otros objetivos se han perseguido a través de la política de competencia, tales como: la preservación de la libertad económica de los agentes, la lucha contra la inflación, la búsqueda de la justicia y equidad, el pluralismo, la descentralización de las decisiones económicas, etc. Al respecto, Motta ha señalado que «*si el Gobierno quiere alcanzarlas [las otras finalidades socio-políticas] no debe utilizar la política de competencia, sino recurrir a instrumentos políticos que distorsionen la competencia lo menos como sea posible*». (MOTTA, *Competition policy, theory and practice*, cit., p. 30).

(59) En el caso de *Estados Unidos contra Aluminium Company of América* –148 F.2d 416, 428 (1945)– el juez Hand afirmó que «*a través de la historia de esta normativa [las leyes de competencia incluyendo la Sherman Act] ha sido asumido constantemente que uno de sus propósitos fue mantener y perpetuar [...] una organización de la industria de pequeñas unidades que puedan efectivamente competir una con la otra*». Al respecto, vide SULLIVAN, Thomas, *The Political Economy of the Sherman Act. The first one hundred years*, Oxford University Press, New York, 1991, p. 40.

(60) Al respecto, vide MOTTA, *Competition policy, theory and practice*, cit., p. 22.

(61) Sobre el particular, vide p. 23.

se ha señalado precedentemente, esta conducta supone el ejercicio del poder de mercado en perjuicio directo de los consumidores y no una afectación al proceso competitivo. Incluso se ha afirmado que la jurisprudencia estadounidense habría acogido esta finalidad del derecho *antitrust*⁽⁶²⁾; lo cual ha sido criticado por algún sector de la doctrina estadounidense. Así, Armentano ha señalado que «*desde que se ha alegado que la regulación antitrust (al menos la Sherman Act) ha sido diseñada para prohibir la actividad empresarial dañina para el interés de los consumidores, mucha de la política antitrust, tal y como ha sido ejecutada, aparece terriblemente desencaminada y podría ser denominada como una 'paradoja'*»⁽⁶³⁾.

En nuestro país, la justicia constitucional no ha dado una opinión clara y unívoca sobre cuál es la finalidad del principio de libre competencia contenido en la Constitución Política y sus normas conexas, quizás porque no ha existido hasta el momento ningún caso en el que explícita-

mente el objeto de discusión haya sido dicho tópico. Así en una sentencia sobre competencia desleal, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) parecería haber reconocido la *protección del proceso competitivo*, señalando que la intervención del Derecho al interior del mercado se encuentra justificada cuando existan conductas que distorsionen la «libre competencia»⁽⁶⁴⁾. Sin embargo, en una opinión precedente, el TC declaró que el Estado tiene la labor de supervisar el correcto desenvolvimiento del mercado (que incluye el principio de libre competencia) teniendo como punto de referencia la satisfacción de las necesidades del consumidor y el usuario. En ese sentido, el máximo órgano de interpretación constitucional exhortó a los organismos reguladores a que orienten las funciones que les han sido encomendadas por ley, no obstante, el TC incluyó a nuestro parecer, erróneamente, a la agencia de competencia Indecopi, ignorando quizás que este organismo no cumple una función regulatoria⁽⁶⁵⁾. Es

(62) Al respecto, vide BORK, Robert, «Antitrust and Monopoly. The goals of antitrust policy», en *American Economic Review*, Vol. 57, N° 2, 1967, p 242.

(63) Vide ARMENTANO, Dominick, *Antitrust. The Case for Repeal*, 2ª ed., Ludwing von Mises, Auburn, 2007, p. 11.

(64) Sentencia del 17 de enero de 2005, en la acción de amparo tramitada bajo Expediente N° 3315-2004-AA/TC, en la que se señala que «[...] la libre competencia aparecería, en principio, como una libertad presuntamente ilimitada en tanto la competencia misma es en esencia un fenómeno de la realidad [...].

Ocurre, sin embargo, que el hecho de que tal fenómeno responda a circunstancias de suyo fácticas no significa tampoco que no existan o no puedan darse desde el Derecho elementales criterios de limitación. [...]. No se trata naturalmente de que el Derecho intervenga con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien (y en eso reside su intervención) de garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone, estén siendo realmente cumplidas [...] intervenciones en el ámbito de la autodeterminación dentro del mercado pueden darse, cuando tras la puesta en movimiento de las propias reglas que lo caracterizan, se generen situaciones distorsionantes de la libre competencia, como sucede con los monopolios o las prácticas dominantes».

(65) Sentencia del 11 de noviembre de 2003, en la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo Expediente N° 0008-2003-AI/TC, en la que se señala que «[...] el absoluto abstencionismo estatal frente al desenvolvimiento del mercado, bajo la premisa de que la mejor regulación de la economía es la 'no regulación', es una falacia propia de las ideologías utilitaristas, que pretenden convertir al egoísmo en una virtud y [a] la solidaridad [en] un vicio. Es por ello que al Estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad. [...]. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado [...] este Colegiado estima importante reiterar la exhortación que en su mo-

por ello importante la reciente resolución emitida por la Comisión en el caso *AATC contra Consettur*, debido a que, en la medida que esta sea recurrida, existe la posibilidad que en el futuro se obtenga un pronunciamiento expreso sobre la finalidad de la política de competencia peruana en la máxima instancia judicial o constitucional.

7. El problema subsiste: ¿qué hacer frente a los precios excesivos?

Como se ha concluido precedentemente, no solo nuestra normativa prescribe como finalidad de la política de competencia la *protección del proceso competitivo*, sino que además esta tendría un fundamento teórico coherente con la obtención del máximo de eficiencia económica o *bienestar social*. En ese sentido, se combatirá toda conducta o práctica que restrinja artificialmente dicho proceso.

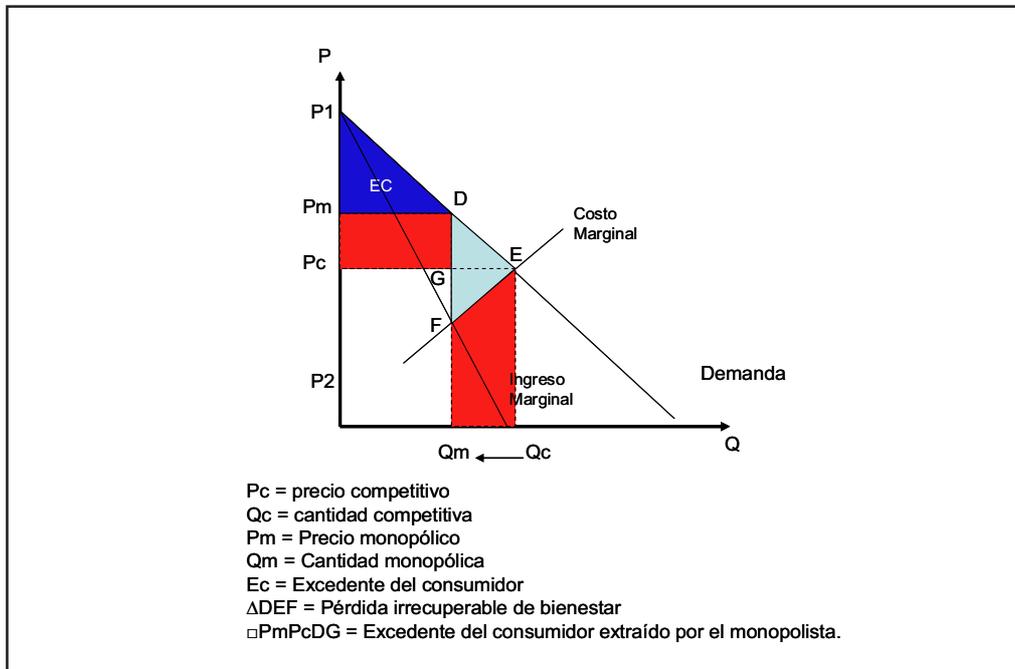
J578 No obstante, pese a que los abusos explotativos y, en particular, la fijación de precios excesivos se encuentran fuera del ámbito de aplicación y finalidad de las normas de competencia, lo cierto es que este tipo de conductas sí generan una situación ineficiente en desmedro del *bienestar social*, aunque ello sea consecuencia del ejercicio natural de un poder de mercado

alcanzado por la propia eficiencia de la empresa dominante o por la naturaleza propia del mercado.

En efecto, lo grave de un precio excesivo no es tanto la extracción del *excedente del consumidor* por parte de la firma dominante, porque ello solo implica un mero traslado de recursos desde los consumidores hacia la empresa incumbente ($\int P_m P_c DG$ del gráfico). Tales recursos seguirían siendo generados o producidos en la sociedad; por lo tanto, se trataría solo de un problema de redistribución. La fijación de un precio abusivo implica que la firma dominante deja de producir bienes que los consumidores están dispuestos a adquirir a un precio igual o superior al costo marginal de producción. Dicha restricción se producirá hasta una cantidad ($Q_m \bullet Q_c$ en el gráfico) en la cual el precio más alto (producto de la escasez) maximizará las ganancias del monopolista (P_m). El verdadero problema de un precio abusivo, por ende, es que esta restricción en las cantidades producidas generará una pérdida irrecuperable de bienestar social entendida como las potenciales transacciones de bienes asignados a su mejor valor que dejarán de ser atendidas por el monopolista ($\$DEF$)⁽⁶⁶⁾. El gráfico siguiente muestra este efecto ineficiente en la economía:

mento se hiciera tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo, respecto de entidades como Osiptel e Indecopi (Expediente N° 0005-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 41), y hacerla extensiva a organismos como Osinerg, Ositran y Sunass. En tal sentido, recomienda la adopción de las medidas legales y administrativas necesarias, a fin de que estas entidades funcionen y actúen adecuadamente en la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico».

(66) Bajo esta concepción, se podría inferir también que el TC habría incurrido en un error al señalar que los organismos reguladores deben actuar directamente en defensa de los derechos de los usuarios y consumidores. Una adecuada revisión de la teoría de la regulación mostrará que en realidad los mercados no son perfectos y que, en ese sentido, la regulación económica se erige como *ultima ratio* precisamente para tratar de emular o simular condiciones de competencia que no existen. Por lo tanto, la función regulatoria de tales organismos también debe estar guiada bajo el principio de la obtención del *bienestar general*, pero no protegiendo un proceso competitivo que de por sí en dichos sectores es deficiente, sino realizando una óptima regulación que se acerque a los resultados eficientes de un mercado en competencia.



Pero el problema de los abusos explotativos y, en particular, los precios abusivos no solo tiene implicancias con la eficiencia económica entendida como la pérdida irrecuperable de bienestar tal como se ha descrito precedentemente. También tiene otras implicancias, principalmente, sociales. Esto se ha podido observar en el caso *Glaxo* en el cual laboratorios farmacéuticos en Sudáfrica fueron sujetos a procedimientos ante la agencia de competencia por la fijación de precios excesivos en la comercialización de medicinas retrovirales necesarias para el tratamiento del HIV; asimismo, se puede citar el caso de *Napp Pharmaceuticals* que en el Reino Unido fue sancionada por la agencia de competencia por ha-

ber fijado precios excesivos en la comercialización de morfina principalmente en perjuicio de los centros de salud públicos. Evidentemente el mercado de medicinas o de otro producto de igual naturaleza e importancia no puede ser considerado igual que el mercado de automóviles o bananos. En ese sentido, probablemente esperar a que las propias fuerzas del mercado solucionen dicha distorsión no resulta del todo óptimo, teniendo en cuenta sobre todo que el mercado no ofrece respuestas del todo eficientes o son soluciones que podrían lograrse en el muy largo plazo⁽⁶⁷⁾. Dicho en otras palabras, cabría preguntarse ¿a cuántos pacientes con HIV se les podría, en la actualidad, exigir que vean desmejorada su calidad de vida a

(67) Incluso cierto sector de la doctrina ha reconocido que en los Estados Unidos de América siendo una de las economías más grandes y supuestamente creyentes en el mercado, nunca se ha adherido estrictamente y del todo a los principios del «dejar hacer, dejar pasar». Al respecto, vide ARMENTANO, *Antitrust. The Case for Repeal*, cit., p. 5.

efectos de esperar a que en largo plazo el mercado presuntamente llegue a una solución eficiente con relación a los precios excesivos?

Pese a lo descrito en los párrafos anteriores, concordamos con la doctrina mayoritaria en el sentido de que la política de competencia no es la más idónea para combatir estos supuestos.

J579 Lo cierto es que el Indecopi, como agencia de competencia, no debería ser erigida como un «Osimercado» que regule indirectamente precios u otras condiciones de comercialización mediante la sanción de abusos explotativos que se observen en el resto de sectores no sujetos a regulación⁽⁶⁸⁾.

Pero entonces, ¿qué sucederá en aquellos mercados no regulados en que una empresa es capaz de ejercer su poder explotativamente? ¿quién debe pronunciarse sobre ello y en qué sentido? Dado que se ha concluido que de acuerdo con la normativa vigente la Comisión resulta incompetente para sancionar esta clase de conductas, este cuerpo colegiado ha optado válida y responsablemente conforme a sus propios fines por emitir, en el caso concreto del *Consettur*, una «abogacía de la competencia» que no es sino una recomendación no vinculante de aquello que la autoridad de competencia ha considerado que debería hacerse para reducir barreras de mercado a efectos de propiciar un entorno más competitivo. Sin embargo, consideramos que dicha buena práctica de la autoridad de competencia podría caer en ineficaz si es que en el corto plazo no se dota al referido

mecanismo de una mayor efectividad. Por ejemplo, se podría proponer una reforma legislativa en virtud de la cual lo recomendado por la Comisión sea elevado a conocimiento de la Presidencia del Consejo de Ministros (a la cual está adscrito el Indecopi) y esta entidad luego de un periodo determinado informe ante el Congreso o el Ejecutivo, y a la opinión pública sobre las acciones realizadas respecto a ello y sus resultados concretos.

En última instancia, y solo cuando falle las soluciones de mayor apertura del mercado y promoción de la competencia, se podría llegar a considerar una segunda solución que no es otra que establecer por ley la regulación económica del sector que adolece de una efectiva competencia. La regulación sectorial precisamente tendrá como finalidad simular resultados de mercado en dicho sector con el objetivo de aproximarse a la generación del *mayor bienestar social* posible⁽⁶⁹⁾.

8. Conclusión

La Comisión ha establecido, con buen criterio, que el *proceso competitivo* es la finalidad de la política de competencia peruana de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y a través de este procurar el mayor beneficio de los consumidores. Pero no todas las conductas que restringen la competencia deben estar proscritas por la normativa, sino solo los abusos de posición de dominio exclusorios y las prácticas colusorias en tanto que constituyen conductas

(68) Al respecto, ver acápite 3 del presente artículo. Por otro lado, Motta y Streel han sostenido que en principio «los precios excesivos son instrumentos peligrosos a ser usados en el Derecho de la competencia. Sin embargo, podría haber circunstancias excepcionales que podrían justificar el uso de tal provisión [...] las siguientes condiciones tienen que aparecer simultáneamente para justificar una acción contra los precios excesivos [...] la presencia de altas y no transitorias barreras a la entrada [...] se intervienen monopolios creados en virtud de derechos exclusivos pasados o vigentes [...] no debe haber otra manera efectiva para la autoridad de competencia que le permita eliminar las barreras a la entrada [...] no debe haber un regulador sectorial específico». Sobre el particular, vide MOTTA/DE STREEL, *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, cit., pp. 16 y ss.

(69) Esto es acorde con lo sostenido por Motta tal y como se ha descrito en el acápite 3 del presente documento.

que restringen *artificialmente* la libre competencia o el bien jurídico protegido *proceso competitivo*. En ese sentido, los abusos explotativos (v. gr. en las modalidades de fijación de precios excesivos, cláusulas de atadura explotativa, discriminación explotativa, etc.) estarían al margen de la aplicación del Decreto Legislativo N° 701 en tanto no afectan directa y propiamente el *proceso competitivo*.

No obstante, lo cierto es que los abusos explotativos y, en particular, los precios exce-

sivos sí constituyen un problema de eficiencia, en tanto, implican una disminución del *bienestar social*, entendido como la maximización de la suma del *excedente del consumidor* y del *productor*. Pero pese a ello, es una problemática que no debería ser solucionada mediante su sanción utilizando las normas de competencia, sino mediante la promoción de una mayor competencia en el mercado y, en muy última instancia, quizás ensayando alguna segunda solución regulatoria, siempre y cuando no exista otra solución más eficiente. JuS