

# ARTÍCULOS

---



# EL CONTROL DE PRECIOS EXCESIVOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO Y SU APLICABILIDAD EN EL PERÚ

---

LUIS CARLOS ADRIANZÉN\*

## Resumen

*El propósito del presente trabajo es analizar el tratamiento que el control de precios excesivos, abusivos o injustos ha tenido en Europa, mediante el análisis de la regulación comunitaria y de los casos resueltos a dicho nivel, así como de algunas decisiones adoptadas por las autoridades locales de países miembros de la Unión Europea (UE). Partiendo de ello, planeamos desarrollar un estudio comparativo con la legislación peruana y el importante caso resuelto por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI sobre la materia hace un par de años, con la finalidad de llegar a una conclusión relacionada con la posibilidad y necesidad de implementar el control de precios excesivos en el sistema legal peruano.*

## Introducción

El artículo 82<sup>1</sup> del Tratado de Roma<sup>2</sup> (constitutivo de la Unión Europea) considera como conducta prohibida, entre otras, la imposición de precios de compra

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de maestría en la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Profesor del curso de Análisis Económico del Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. E-mail: ladrianzen@gmail.com

<sup>1</sup> Tratado de Roma. “Artículo 82. Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida en la medida en que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- (a) imponer, directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- (b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- (c) repartirse los mercados o fuentes de abastecimiento;
- (d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- (e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guardan relación alguna con el objeto de dichos contratos. (...)

<sup>2</sup> El Tratado de Roma, suscrito por Francia, Alemania Occidental, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo el 25 de marzo de 1957, estableció la Comunidad Económica Europea.

o venta abusivos, así como otras condiciones injustas o abusivas de comercio impuestas por uno o más agentes con posición de dominio.

El control de precios excesivos como forma de práctica explotativa ha sido desarrollado casi únicamente en los sistemas de competencia europeos. Por el contrario, el sistema *antitrust* estadounidense no sólo no ha prestado mucha atención a esta práctica, sino que inclusive ha rechazado su desarrollo. Este tratamiento antagónico hace del estudio de dicha institución un campo expuesto a mucha controversia.

A pesar del hecho que no abundan las decisiones adoptadas sobre la materia bajo el derecho comunitario europeo, resulta importante considerar que, toda vez que el control de precios excesivos ha sido desarrollado básicamente en Europa, ello ha generado literatura legal sobre el tema, lo cual hace más interesante desarrollar el trabajo a partir de la experiencia doctrinal y jurisprudencial de dicho continente.

Bajo esta idea preliminar, el presente trabajo está dividido en tres secciones: la primera analiza el control de precios excesivos en el derecho comunitario europeo, así como en el derecho *antitrust* estadounidense, a fin de encontrar los lugares comunes y también las eventuales razones que sustenten las diferentes aproximaciones al tema; la segunda sección está dedicada a analizar la jurisprudencia europea en la materia; y la tercera se aboca al estudio del control de precios excesivos en el derecho de la competencia peruano, partiendo por el importante caso resuelto por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI en el caso AFP. El objetivo es que la revisión y análisis de los efectos de la regulación europea y de las decisiones tomadas en dicho continente, así como de la doctrina desarrollada sobre el particular, nos permita llegar a una conclusión relacionada con la validez, viabilidad y conveniencia de implementar la institución en el derecho de la competencia peruano.

## **I. Los precios excesivos en el derecho de la competencia europeo**

### **1.1. Prácticas exclusorias y explotativas en el derecho de la competencia como forma de abuso contenido en el artículo 82 del Tratado de Roma**

El derecho de la competencia suele clasificar el abuso de posición de dominio como exclusorio o explotativo. El artículo 82 del Tratado de Roma cubre ambas posibilidades. A pesar de que no provee una definición de “abuso”, el referido artículo presenta una serie de ejemplos como la imposición de precios injustos o abusivos de compra o venta, limitación de la producción, del mercado o del desarrollo tecnológico, la aplicación de condiciones disímiles a transacciones equivalentes, etc.

La jurisprudencia nos da también alguna guía, toda vez que la naturaleza fundamental del concepto de abuso fue abordada muy temprano por la Corte Europea de Justicia en el caso Hoffmann-La Roche<sup>3</sup> y descrito como: “Un concepto objetivo relacionado con la conducta de un empresario con posición de dominio y capacidad de influenciar en la estructura de un mercado tal que, como resultado de su presencia, el grado de competencia se debilita a través de métodos distintos de aquellos que condicionan la normal competencia en productos o servicios sobre la base de transacciones de operadores comerciales, que afecta el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el crecimiento de dicha competencia”<sup>4</sup>.

No obstante, luego se puede observar que la Comisión Europea hace referencia a la distinción entre prácticas exclusorias y explotativas como una que no tendría mayor importancia. Un abuso exclusorio es aquel referido en la cita mencionada del caso Hoffman-La Roche, donde sus efectos son principalmente sobre la estructura del mercado, por ejemplo mediante el debilitamiento de competidores a través del aumento de costos, negativas a contratar o denegación de acceso a facilidades esenciales. En contraste, los abusos explotativos están orientados directamente a los consumidores, por ejemplo mediante la imposición de precios excesivos o de términos o condiciones de contratación abusivos; por supuesto que un uso exitoso del abuso exclusorio puede derivar en un consecuente abuso explotativo, y ambos también pueden ser usados de manera simultánea o combinada<sup>5</sup>.

Goyder<sup>6</sup> divide los diferentes abusos en las siguientes categorías:

- (i) aquellos vinculados al precio, incluyendo los precios excesivos y predatorios, discriminatorios, aquellos derivados de subsidios cruzados, y esquemas de rebajas y descuentos con características anticompetitivas;

---

<sup>3</sup> C 85/76 (1979) ECR 461, 541:3 CMLR 211, 290.

<sup>4</sup> “An objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as the result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition”. En: Goyder (2003), p. 282. (traducción libre del autor).

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 283.

<sup>6</sup> *Loc. cit.*

- (ii) aquellos que involucran una negativa a contratar de parte de un competidor con posición de dominio, ya sea absoluta o parcial, o por imponer términos de contratación excesivos (como las ventas “atadas”);
- (iii) aquellos que involucran el rechazo de otorgar licencias de propiedad intelectual (o el abuso relacionado con su explotación) ya sea de parte del propietario individual o de sociedades colectivas;
- (iv) aquellas que involucran la negativa de acceso a facilidades esenciales; y
- (v) otros actos que incluyen el uso abusivo de procedimientos legales o la insistencia bajo términos y condiciones abusivas con contrapartes.

De vuelta a la clasificación original y general, y considerando el tema central de este trabajo, resulta importante destacar algunos aspectos de los abusos explotativos, clase a la que pertenece la imposición de precios excesivos, al menos en un estadio inicial del análisis.

El término *abusos explotativos* normalmente hace referencia a aquellas prácticas utilizadas por un agente con posición de dominio en el mercado que, a pesar de no dañar de manera directa a sus competidores en el mercado, reduce el bienestar de los consumidores. Esta reducción de bienestar o efecto explotativo puede tomar diferentes formas, tales como los precios excesivos, la insuficiente calidad o diversidad de los productos, la reducción de la innovación o el tratamiento discriminatorio de consumidores<sup>7</sup>.

Aunque la imposición de precios excesivos ha sido vista generalmente como una práctica explotativa, Massimo Motta y Alexandre de Streel<sup>8</sup> afirman que el concepto general de “precio excesivo” puede cubrir dos realidades diferentes. Un precio excesivo puede ser un abuso explotativo, p. ej. explotación directa de poder de mercado. En este caso, el agente con posición de dominio impone un alto precio a sus consumidores (sean éstos usuarios finales o compañías con los que la firma dominante no compite). Alternativamente, un precio excesivo puede ser un abuso exclusorio, tendente a reforzar o mantener el poder de mercado de la firma dominante a través del sometimiento de sus rivales en una situación de desventaja. En este caso, la empresa dominante en un mercado, digamos *upstream*,

---

<sup>7</sup> Faull y Nikpay (1999), p. 189.

<sup>8</sup> Motta y De Streel (2003), p. 1.

fija su precio de venta tan alto que el margen entre los precios de venta al por mayor y por menor es insuficiente para que una firma eficiente opere y genere utilidades en el mercado *downstream*. Sin embargo, ello no presenta mayor relevancia para el presente trabajo, toda vez que el análisis a llevarse a cabo resulta aplicable a cualquier tipo de práctica explotativa.

## **1.2. Aproximación teórica a los precios excesivos**

### **1.2.1. Visión general de la postura europea**

#### 1.2.1.1. Definiciones y justificaciones

En términos económicos, son precios excesivos aquellos establecidos sobre el nivel competitivo como resultado del ejercicio de poder de mercado<sup>9</sup>. Joliet<sup>10</sup> ha considerado que los precios y condiciones de comercio serán abusivos cuando la empresa dominante haya tomado, efectivamente, ventaja de su posición de dominio para fijar precios y condiciones de comercialización diferentes de aquellos que resultarían de una situación competitiva. Siendo así, un precio sería excesivo cuando se encuentra significativamente sobre el nivel de competencia efectiva. Por su parte, la Comisión ha definido al precio competitivo como los costos promedio mínimos<sup>11</sup>.

La intervención contra los precios excesivos puede ser sustentada mediante una serie de justificaciones de carácter público y económico. Faull y Nikpay<sup>12</sup> mencionan, por ejemplo, que mientras la teoría económica quizás prediga que nuevos competidores deberían entrar al mercado, la realidad puede probar lo contrario, particularmente cuando un mercado se caracteriza por problemas estructurales; he ahí la necesidad de intervención. Proteger a los consumidores es, más aún, un legítimo objetivo político del derecho de la competencia, por ello, por ejemplo, cuando las barreras de entrada al mercado son particularmente altas, un interés político como ese puede ser particularmente necesario. Más aún, si bien resulta legítimo evitar la indebida explotación de su poder de mercado, las reglas de competencia no deberían privar a una firma del fruto de su genuino éxito en un mercado determinado. Además,

---

<sup>9</sup> Faull y Nikpay (1999), p. 190.

<sup>10</sup> Joliet (1970), p. 243.

<sup>11</sup> Commission Vertical Guidelines on Vertical Restraints, O.J. (2000) C 291/1, para.126. Citado por Motta y De Streel (2003), p. 3.

<sup>12</sup> Faull y Nikpay (1999), p. 190.

debe señalarse que, en algunas instancias, la posición de dominio de un agente es resultado de fuerzas distintas de la competencia.

Aunque es una situación poco frecuente, se ha señalado que el artículo 82 puede también ser aplicado en relación con la conducta de una compañía (o de compañías en el caso de situaciones de posición de dominio conjunta) que es un comprador dominante en determinado mercado relevante, y que ejerce dicho poder de compra para obtener bajos precios de sus proveedores de manera abusiva<sup>13</sup>.

Finalmente, algunos autores como Jones<sup>14</sup> consideran que las políticas destinadas a controlar los precios excesivos no pueden ser realmente separadas del control de otras formas de abuso, tales como las políticas de ventas atadas, toda vez que las primeras suelen ser desarrolladas a fin de lograr las últimas. Considerando el ámbito del presente trabajo, no analizaremos dichas políticas, sino que simplemente las mencionaremos: imposición de otros términos abusivos, limitaciones en la producción, mercados y desarrollo tecnológico.

Los defensores del artículo 82 consideran que éste permite a la competencia trabajar sin impedimentos cuando ello es posible, y provee una sutil (pero conceptualmente directa) forma de control de precios para proteger a los consumidores contra la indebida o injusta explotación de circunstancias anormales donde no hay posibilidad de competencia. Si no hay competencia actual o potencial, con un agente con posición de dominio, entonces el simple argumento promercado se desvanece, afirma Latrémoière<sup>15</sup>, y continúa señalando que en esas circunstancias el efecto del artículo 82 es proteger a los compradores contra la innecesaria explotación de cualquier restricción anormal de la competencia, permitiendo sólo los precios que un mercado normalmente competitivo habría permitido.

#### 1.2.1.2. ¿Un precio equitativo o justo?

Pero la pregunta central que surge inmediatamente cuando se habla de precios excesivos es: “¿cuando un precio es equitativo o justo?”.

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 192.

<sup>14</sup> Jones y Sufrin. *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials*. Oxford, Oxford University Press, p. 327.

<sup>15</sup> Latrémoière, Frank. *US price gouging and EC Competition Law viewpoint*. En: [http://www.reckon.co.uk/open/US price gouging and EC competition law %7C viewpoint: Franck](http://www.reckon.co.uk/open/US_price_gouging_and_EC_competition_law_%7C_viewpoint:_Franck). Última visita: 13/7/07, a las 16:37 horas.

Joliet afirma que el siguiente test ha sido sugerido: un precio es equitativo de acuerdo con el significado del artículo 82<sup>16</sup> cuando éste no se aleja sustancialmente del precio que resultaría de una situación de competencia posible y efectiva. Pero luego el autor admite que la principal dificultad relacionada con la aplicación de dicho test es que la base para la comparación es puramente hipotética. La ausencia de competencia efectiva implica que no hay un criterio objetivo para medir la excelencia en el desempeño de una firma dominante. En ese sentido, la agencia encargada de controlar la conducta debe ser investida de la misma discrecionalidad que goza la British Monopolies Commission cuando tiene que juzgar si un precio es contrario al interés público<sup>17</sup>.

Lo mencionado es quizás una de las razones por las que el control de precios excesivos ha presentado dificultades en su ejecución. Faull y Nikpay<sup>18</sup> afirman que el control de precios excesivos ha demostrado ser un abuso notoriamente difícil de perseguir, principalmente por la complejidad relacionada con el cálculo de lo que significaría un precio excesivamente alto. Abordar dichos casos es también problemático en el sentido que se espera que la autoridad interviniente asuma el rol de un regulador de calidad y precio, con el objetivo de realizar una segunda estimación en el mercado a fin de determinar cuál debería ser el nivel de precio correcto. Del otro lado, desde el punto de vista de una compañía dominante, el control de precios excesivos plantea un problema de incertidumbre legal: ¿Cuán altos pueden ser establecidos sus precios sin violar la ley?

### 1.2.1.3. Europa versus Europa: Algunos argumentos iniciales en contra del control de precios excesivos

Ya los propios autores europeos han desarrollado algunos argumentos en contra del control de precios excesivos en el derecho de competencia europeo. Motta y De Streel<sup>19</sup> listan los principales:

- Primero que nada, es útil recordar la diferencia entre regulación sectorial y derecho de la competencia. Mientras la primera atañe a mercados donde existen barreras legales a la entrada y/o fallas de mercado significativas,

---

<sup>16</sup> El autor se refiere originalmente a la antigua versión de la norma contenida en el artículo 86 del Tratado de Roma.

<sup>17</sup> Joliet (1970), p. 243.

<sup>18</sup> Faull y Nikpay (1999), pp. 190-191.

<sup>19</sup> Motta y De Streel (2003), p. 15.

el segundo generalmente se aplica donde las fuerzas competitivas son, en principio, libres de operar. En mercados competitivos, el uso excesivo de actuaciones frente a los precios para incrementar el bienestar del consumidor quizás ayude en el corto plazo, pero es probable que tenga serios efectos negativos de larga duración relacionados con la inversión e innovación.

- Las cosas se ponen peor por el hecho que establecer la “excesividad de los precios” es una operación muy compleja cuyo resultado es absolutamente complicado de predecir. De hecho, en muchas situaciones, inclusive estimar las medidas relevantes de los costos será un ejercicio complejo. Todas estas dificultades son, por supuesto, subrayadas por el hecho que una autoridad de competencia no tiene –a diferencia que un regulador de una determinada industria– un profundo conocimiento del sector que está siendo investigado.
- A diferencia de una agencia reguladora, el rol de una agencia de competencia no es establecer precios, y una acción contra precios excesivos *de facto* implica decirle a una firma que un precio sobre determinado nivel no sería aceptable. Además, se encuentra el hecho que la intervención ocurre sólo en un determinado momento, y deja abierta la interrogante de cómo evolucionarán los precios a través del tiempo.

De todas formas, y no obstante las mencionadas críticas, Motta y De Streel consideran que los casos sobre precios excesivos se incrementarán debido a los efectos combinados de la liberación de las industrias de redes y la descentralización del derecho de la competencia europeo<sup>20</sup>.

### **1.2.2. Visión general del tema en el derecho antitrust estadounidense: ¿Absolutamente consistente?**

Bajo la sección 2 de la Sherman Act<sup>21</sup>, los abusos meramente explotativos no serían normalmente prohibidos<sup>22</sup>. Esta es un área donde el derecho de la competencia

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 1.

<sup>21</sup> Sherman Act. Sec. 2. “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

<sup>22</sup> Latrémoière señala que podrían ser consideradas como excepciones las reglas sobre

européo difiere del estadounidense, el cual no provee a su agencia de competencia a intervenir en casos de precios “demasiado altos”<sup>23</sup>. De hecho, el tratamiento de los precios excesivos explotativos se mantiene como una importante diferencia entre la Unión Europea y Estados Unidos.

En Estados Unidos, la jurisprudencia y doctrina han sostenido constantemente que la autoridad de competencia no puede condenar precios abusivos explotativos. Tal como Areeda y Hovenkamp<sup>24</sup> señalan, “las Cortes correctamente consideran incongruente y ajeno a la Sherman Act la labor de supervisar continuamente el desempeño económico de las compañías, particularmente aquél relacionado con la actividad diaria de adoptar decisiones relacionadas con los precios”<sup>25</sup>. Fox<sup>26</sup> hace notar que “el derecho de los Estados Unidos no es regulatorio (en el sentido de regulación directa del precio y producción) sino que se concentra en preservar las condiciones a través de las cuales las fuerzas del libre mercado afectan al precio e inducen a la producción óptima”<sup>27</sup> y entonces “se sustenta en el principio que señala que el precio debe ser controlado por el libre mercado, a menos que el Congreso haya en efecto determinado que un mercado no funciona y haya establecido una comisión reguladora”<sup>28</sup>. El control de las autoridades estadounidenses está, entonces, limitado a precios excesivos exclusorios<sup>29</sup>. Aquí, la diferencia mencionada por Motta y de Streel con relación a los precios excesivos exclusorios y explotativos resulta aplicable.

---

hundimiento de naves, huelgas de pescadores, y mediocres normas estatales sobre *price gouging*. En: Latrémoilière. F. Op. cit.

<sup>23</sup> Katsoulacos (2006), p. 1. Yannis. Exploitative Practices in Article 82. En: <http://www.cresse.info/uploadfiles/Exploitative%20Practices%20in%20Article%2082.pdf>. Última visita: 11/07/07, a las 19:08 horas, p.1.

<sup>24</sup> Areeda, P.E. and H. Hovenkamp (1996). Antitrust Law. Little Brown and Co., Vol. III revised Ed., p.720. Citado por: Motta y De Streel (2003), p. 2.

<sup>25</sup> “The Courts correctly regard as uncongenial and foreign to the Sherman Act the burden of continuously supervising economic performance, particularly the firm’s day-to-day pricing decisions” (traducción libre del autor).

<sup>26</sup> Fox, E.M., “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness”. En: *Notre Dame Law Review* 61, pp. 983 and 985. Citado por Motta y De Streel (2003), p. 2.

<sup>27</sup> “US law is not regulatory (in the sense of direct regulation of price and output) but rather concentrates on preserving conditions whereby free market forces constrain price and induce optimal production” (traducción libre del autor).

<sup>28</sup> “Rests on the principle that price should be controlled by free market unless Congress has in effect determined that the market cannot work and has established a regulatory commission” (traducción libre del autor).

<sup>29</sup> Motta y De Streel (2003), p. 2.

Suele ser destacado, principalmente por estadounidenses, que los precios excesivos no son anticompetitivos, lo que significa que en una economía de mercado en funcionamiento deberían tener el efecto de atraer nuevos competidores que forzarán la baja del precio, y que consecuentemente los precios excesivos no deberían ser objeto de preocupación de las autoridades de competencia. De hecho, los precios excesivos no reducen el bienestar económico general, sino que simplemente afectan su distribución. Suele ser argumentado también que prohibir a una compañía con posición de dominio establecer precios altos significa penalizar injustamente el éxito competitivo de la compañía, consistente en haber logrado dicha posición, al despojarla de su justa recompensa por ese esfuerzo. Esta, generalmente hablando, es la posición adoptada por las cortes estadounidenses, que han rechazado repetidamente la aplicación de un test de “precio razonable”, principalmente por considerar la falta de certeza inherente a un test de dicha naturaleza<sup>30</sup>.

En el caso *Berkey Photo, Inc. v Eastman Kodak Co.*<sup>31</sup>, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito señaló: “Establecer un precio alto quizás sea un uso del poder monopólico, pero no es en sí mismo anticompetitivo... La supervisión judicial de las políticas de precios pondría a las cortes en un rol similar a aquél que corresponde a una agencia reguladora...”<sup>32</sup>. De la misma manera, en el caso *Trinko*<sup>33</sup>, la Corte Suprema estableció que “la mera posesión de poder monopólico, y la consecuente imposición de precios monopólicos no es solamente legal, sino que también resulta un elemento importante del sistema de libre mercado. La oportunidad de imponer precios monopólicos – al menos por un periodo corto– es lo que atrae inversionistas, en primer lugar; ello induce a la toma de riesgos que producen innovación y crecimiento económico”<sup>34</sup>.<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> Faull y Nikpay (1999), p. 190.

<sup>31</sup> *Berkey Photo, Inc v Eastman Kodak Co* 603 F 2d 263, 294 (2nd Cir 1979), cert denied 444 US 1093 (1980).

<sup>32</sup> “Setting a high price may be a use of monopoly power, but it is not in itself anticompetitive... Judicial oversight of pricing policies would place the courts in a role akin to that of a public regulatory commission...” (Traducción libre del autor).

<sup>33</sup> *Verizon Communications, Inc v Law Offices of Curtis v Trinko, LLP* 157 L Ed 2d 823, 836 (2004).

<sup>34</sup> “The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free market system. The opportunity to charge monopoly prices —at least for a short period—is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth” (traducción libre del autor).

<sup>35</sup> Evans y Padilla (2005), p. 121.

A pesar de todo lo mencionado acerca de la visión general de los estadounidenses con relación a la imposición de precios excesivos, una discusión y revelaciones importantes se levantaron últimamente acerca de lo que en Estados Unidos se llama el *price gouging*<sup>36</sup>, en el muy interesante blog de los profesores Richard Posner y Gary Becker luego de los hechos relacionados con el huracán Katrina.

En el mencionado blog, Richard Posner publicó un artículo<sup>37</sup> donde básicamente criticaba a aquellos Estados que tienen leyes que prohíben el *price gouging* y que, aunque raramente utilizadas, habían sido aplicadas debido a la súbita alza del precio de la gasolina como resultado de los huracanes Katrina y Rita, que impidieron las importaciones de petróleo crudo y causaron que varias refinerías en el sendero de dichos huracanes dejaran de operar temporalmente, lo que trajo como consecuencia muchas amenazas de carácter legal e inclusive algunas multas. Ello también generó la denuncia por parte de políticos de codiciosas refinerías y comerciantes de gasolina, así como propuestas de leyes federales que prohibían el alza “inconsciente y excesiva” de los precios de la gasolina.

Posner consideró dicha intervención como un grave error al afirmar que si las leyes sobre *price gouging* o inclusive la mera opinión pública desincentivan a los comerciantes de cargar los altos precios necesarios para equilibrar la demanda y (reducida) oferta, habría escasez y los consumidores pagarían un mayor precio que antes del desabastecimiento, pero esta vez pagarían dicho mayor “precio” en el costo del tiempo perdido esperando en largas filas frente a las estaciones de gasolina o (si conducen menos debido a la escasez) en la forma de restricciones a su capacidad de movilización. Y aquellos que necesitan más la gasolina, en la medida en que no serán capaces de expresar su necesidad mediante la puja sobre el precio frente a otros consumidores por la oferta limitada, serán los que más sufran por el desabastecimiento. Los únicos beneficiarios, señala Posner, serán la gente con bajos costos de tiempo y demanda sin urgencias.

Posner afirma que los altos precios de la gasolina son una fuente de sustanciales beneficios externos<sup>38</sup> (es decir, beneficios no conferidos a las partes de la transacción,

---

<sup>36</sup> El *price gouging* es una situación de súbita alza de precios de bienes o servicios debido a la escasez generada por una situación de catástrofe, que se encuentra sancionada por algunas leyes estatales estadounidenses.

<sup>37</sup> Posner (2005).

<sup>38</sup> Mediante la reducción de los niveles de uso de automóviles y el cambio hacia vehículos más eficientes en cuanto al empleo del combustible, reducción en las emisiones de dióxido de carbono, reducción de las formas más convencionales de contaminación atmosférica por parte

por lo que las partes no tienen incentivos para considerarse en la decisión sobre el precio y otros términos del contrato). En resumen, Posner señala que los beneficios sociales del *price gouging* de la gasolina parecen exceder ampliamente sus costos sociales.

Antes de la publicación del artículo de Posner, una situación similar ocurrió cuando un Hotel Days Inn en Long Island fue multado en 26 de diciembre de 2001 por haber incurrido en *price gouging* luego de los ataques terroristas del 11 de setiembre<sup>39</sup>. Un muy interesante artículo<sup>40</sup> fue publicado por The Mises Institute<sup>41</sup>, donde Thomas Woods Jr. afirmó que en dichos casos de *price gouging* la interferencia con los esfuerzos del mercado para ajustarse a la nueva situación sólo podía llevar a la clase de escasez que asociamos con cualquier intento de control de precios.

Woods también señaló que los altos precios que normalmente acompañan esos desastres sirven para un propósito saludable: estimular a la gente a economizar en aquellos bienes o servicios que están bajo gran demanda en dicho momento. Esta es la forma en que una economía de mercado estimula la distribución y la cooperación sobre los bienes y servicios escasos durante épocas de crisis, señala Woods: no mediante el planeamiento centralizado, campos de reeducación, y esclavitud, sino mediante un sistema de precios que es libre de fluctuar en respuesta al cambio de

---

de vehículos, reducción de las congestiones de tráfico y de costos en la forma de retrasos y limitación del poder de naciones vulnerables, inestables u hostiles que controlan el suministro de petróleo en el mundo.

<sup>39</sup> With the nation's airports closed, stranded passengers created a sudden and unexpected rise in demand for lodging. Under these circumstances, the Hicksville hotel raised its room rates by 185 percent-an "unconscionable" increase, according to State Attorney General Eliot Spitzer. New York State law actually prohibits price gouging during declared states of emergency: "State law prohibits charging unconscionably excessive prices for consumer goods and services that are vital and necessary for the health, safety, and welfare of consumers during any abnormal disruption of the market caused by strikes, power failures, severe shortages or other extraordinary adverse circumstances".

Con los aeropuertos nacionales cerrados, los pasajeros varados generaron un sorpresivo e inesperado aumento en la demanda de alojamiento. Bajo estas circunstancias, el Hotel Hicksville subió el precio de sus habitaciones en un 185% -un "excesivo" aumento, de acuerdo con el State Attorney General Eliot Spitzer. Las normas de Nueva York State prohíben el *price gouging* durante estados de emergencia declarados: "La ley estatal prohíbe fijar precios excesivos para bienes o servicios que resultan vitales y necesarios para la salud, seguridad y bienestar de los consumidores durante cualquier desabastecimiento anormal del mercado causado por huelgas, fallas de energía, desabastecimientos graves u otras circunstancias adversas extraordinarias". En: Woods Jr. (2002), traducción libre del autor.

<sup>40</sup> Woods Jr., (2002).

<sup>41</sup> Ver: <http://www.mises.org/>.

las condiciones. Si el mercado es forzado durante el periodo de transición de crisis a normalidad, la potencial escasez catastrófica de bienes y servicios que puede resultar sólo se sumará a la miseria de aquellos ya afectados adversamente. Dicha intervención sólo pone en desventaja al mercado en sus esfuerzos por hacer que las actuales provisiones de los bienes no se agoten durante los días cruciales luego de un desastre.

No obstante, ha sido publicado también un artículo muy reciente donde Frank Latrémolière<sup>42</sup> no coincide con las opiniones en contra de las normas sobre *price gouging* y, de hecho, defiende el derecho de competencia de la Unión Europea relacionado con los precios excesivos.

Todo lo mencionado con relación a esta reciente discusión pretende mostrar que inclusive en Estados Unidos existen algunas normas relacionadas con los precios excesivos –aunque para muy excepcionales circunstancias– que son centro de críticas por parte de abogados y economistas de pensamiento liberal.

### **1.2.3. Algunas razones esgrimidas para sustentar la diferencia de aproximación conceptual**

El derecho de la competencia europeo difiere del derecho *antitrust* estadounidense en que el primero persigue una variedad de objetivos, algunas veces contradictorios o difíciles de conciliar. Mientras en Estados Unidos el derecho *antitrust* básicamente busca la promoción de un mercado competitivo, el Tratado de Roma también busca la integración de la Comunidad Europea<sup>43</sup>.

Pero otras razones de las diferencias entre la Unión Europea y Estados Unidos son resumidas por Mario Monti<sup>44</sup> como una de las conclusiones obtenidas después del Annual EU Competition Workshop de 2003<sup>45</sup>. Afirma que dichas diferencias deben ser entendidas en términos de aplicabilidad y, más importante aún, de percepción, como se señala a continuación:

<sup>42</sup> Latrémolière, F. Op. cit. En: [http://www.reckon.co.uk/open/US\\_price\\_gouging\\_and\\_EC\\_competition\\_law\\_%7C\\_viewpoint:\\_Franck](http://www.reckon.co.uk/open/US_price_gouging_and_EC_competition_law_%7C_viewpoint:_Franck). Última visita: 13/7/07, a las 16:37 horas.

<sup>43</sup> Dara, G. “Antitrust Law in the European Community and the United States: A Comparative Analysis”. *Louisiana Law Review*, 47, p. 764. En: Diez Canseco y Pasquel (2005).

<sup>44</sup> Monti (2003).

<sup>45</sup> Celebrado entre 6 y 7 de junio de 2003 en el European University Institute in Florence.

- (i) *Existen diferencias objetivas entre las estructuras de la economías en ambos lados del Atlántico.* Por mencionar sólo dos: resulta obvio que los países europeos están caracterizados por tener más y más altas barreras legales de entrada que la economía estadounidense. Ello sigue siendo cierto a pesar de los recientes y permanentes esfuerzos, iniciados por la Unión Europea y seguidos por los Estados miembros con el fin de terminar con los monopolios y otros derechos especiales o exclusivos otorgados bajo jurisdicciones nacionales.
- (ii) *En vista de estas diferencias objetivas en las estructuras económicas, también difieren las actitudes subjetivas y percepciones en ambos lados del Atlántico.* En general, los miembros de la comunidad estadounidense del derecho *antitrust* parecen mostrar mayor confianza en el funcionamiento de los mercados que sus contrapartes europeas. Mientras en la Unión Europea la apreciación general es que ante la presencia de una firma dominante la competencia es de antemano debilitada, esta apreciación no existe en Estados Unidos.
- (iii) *Hay grandes diferencias en los mecanismos de ejecución.* En Estados Unidos, comparado con la coerción pública, la coerción privada juega un rol considerable, mientras que en la Unión Europea la coerción privada se encuentra aún en su infancia. En Estados Unidos, los errores de tipo I (condenas erradas) por lo tanto representan un riesgo de consecuencias financieras que aún no existe en la Unión Europea.

¿Estas razones son convincentes? Trataremos de responder a esta pregunta a través del análisis de casos y opiniones, así como también de determinar si similares razones serían aplicables con relación a la aplicación de las normas de competencia en un país en desarrollo como el Perú.

## **II. Análisis de la jurisprudencia europea**

Muchas de las principales decisiones de la Comisión Europea y de las Cortes comunitarias con relación al artículo 82 han sido controvertidas y objeto de críticas tanto por abogados y economistas, principalmente por no analizar con suficiente profundidad los diversos tipos de conductas abusivas, en particular aquellos relacionados con el precio y con el acceso a facilidades esenciales. Ha sido observado que algunas prácticas consideradas como abusivas reflejan una normal práctica competitiva para las compañías más grandes<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Goyder (2003), pp. 283-284.

La regla específica relacionada con el control de precios excesivos ha sido usada en algunos casos por la Comisión. No obstante, resulta importante señalar que ha habido un crecimiento en el uso de la regla en los últimos años, al menos en algunos países (p. ej. Reino Unido)<sup>47</sup>.

### 2.1. A nivel comunitario

La Corte ha desarrollado a través del tiempo un verdadero coctel de criterios para analizar si un precio es excesivo en diferentes situaciones. Ellos son resumidos por Motta y de Streel<sup>48</sup> (ver cuadro 1).

Como veremos, un precio excesivo ha pretendido ser probado mediante la comparación del precio bajo revisión con diferentes indicadores: medidas de costos del agente con posición de dominio, otros precios de las firmas con posición de dominio, o precios de otras firmas que ofrecen productos similares a los comercializados por el competidor investigado. Todos ellos bajo diferentes combinaciones dependiendo del mercado relevante en cada caso. Las metodologías han sido utilizadas, inclusive, de manera acumulativa.

**CUADRO N° 1**  
**PRUEBA DE PRECIOS EXCESIVOS EXPLOTATIVOS**

	<b>Costos del competidor dominante</b>	<b>Otros precios de competidor dominante</b>	<b>Precios de otras firmas que ofrecen productos similares</b>
<b>El mismo mercado relevante (de producto y geográfico)</b>	United Brands 1978 CICCE 1985 SACEM II 1989 Ahmed Saeed 1989	-----	(Comparación con competidor) United Brands 1978 Parke-Davis 1968 Renault 1988
<b>Otro mercado relevante en el mismo Estado miembro de la UE</b>		General Motors 1975 British Leyland 1986	General Motors 1975 Bodson 1988
<b>Otro mercado relevante en otro Estado miembro de la UE</b>		United Brands 1978	(Benchmarking) Sirena 1971 Deutsche Grammophon 1971 SACEM I 1989 SACEM II 1989

Fuente: Motta y De Streel (2003), p. 4.

<sup>47</sup> Katsoulacos (2006), p. 4.

<sup>48</sup> Motta y De Streel (2003), p. 4.

Dos tipos de casos deben ser distinguidos. En el primero, el competidor dominante goza de un monopolio legal (General Motors, British Leyland) y el abuso creó serios impedimentos al mercado interno del país. La Comisión estuvo más preocupada con la libertad de circulación que con la explotación anticompetitiva de los usuarios finales y sus ineficiencias distributivas. En el segundo tipo de casos, el competidor dominante actuaba en mercados recientemente abiertos a la competencia (Deutsche Post, casos en el mercado de telecomunicaciones) y cualquier abuso en los precios podría haber debilitado el momento político para el programa de liberalización.

Más aún, la Comisión se apoyó tanto como le fue posible en los organismos reguladores nacionales, limitando su intervención cuando el regulador sectorial no tenía poder legal para intervenir (tarifas de terminación de llamadas en el mercado de telefonía móvil, cargos por servicios de *roaming*, o tarifas por arrendamiento internacional de líneas telefónicas), o no estaba interviniendo apropiadamente (tasas contables internacionales, retenciones relacionadas con la telefonía fija o cargos por terminación de llamadas, arrendamiento nacional de líneas telefónicas)<sup>49</sup>.

Con relación a los medios de prueba, la Comisión ha utilizado diferentes indicadores comparativos, usándolos frecuentemente de manera acumulativa. En particular, se apoyó mucho en métodos de discriminación y *benchmarking*<sup>50</sup>. Adicionalmente, la mayoría de las intervenciones se focalizaron en precios 100% mayores con relación a los comparadores<sup>51</sup>, aunque en algunos casos también se abocaron a situaciones en que la diferencia fue menor<sup>52</sup>.

A continuación presentamos la mayoría de dichos casos, incluyendo algunos de reciente data.

---

<sup>49</sup> Motta y De Streel (2003), p. 14.

<sup>50</sup> El *benchmarking* es una técnica utilizada para medir el rendimiento de un sistema o componente de un sistema, frecuentemente en comparación con algún parámetro de referencia. La palabra *benchmark* es un anglicismo traducible al castellano como “comparativa”.

<sup>51</sup> Hordijk, E.P. (2002). *Excessive Pricing Under EC Competition Law: An update in the light of ‘Dutch Developments’*, en B. Hawk (ed), Fordham Corporate Law Institute, p. 474. Citado por Motta y De Streel (2003), p. 14.

<sup>52</sup> Haag, M. and R. Klotz (1998). “Commission Practice concerning excessive pricing in Telecommunications”. En: *Competition Policy Newsletter* 2, p. 38; y Martínez M. “Some views on pricing and EC Competition Policy”, Speech 07.12.1998, disponible en: <http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/>. Citado por Motta y De Streel (2003), p. 14.

### a. United Brands (1978)

El tema fue abordado por primera vez en un caso grande cuando la compañía United Brands decidió cobrar precios diferenciados a sus distribuidores de los diferentes Estados miembros de la UE por sus plátanos de marca Chiquita, prohibiéndoles además revender la mercadería, llevando ello a una partición del mercado común. Entre otras prácticas abusivas que atentaban contra el mercado común europeo (prohibición de reventa, negativa de contratar, discriminación), la Comisión consideró que los precios en diferentes mercados del continente (Alemania, Bélgica, Holanda, Luxemburgo y Dinamarca) resultaban excesivos<sup>53</sup>.

Aquí la Comisión se apoyó en los precios cobrados en Irlanda, que eran los más bajos, como una línea base a partir de la cual sustentar que los precios más altos cobrados en los otros países eran excesivos. Tal como sucediera en el caso Continental Can y en otros más, la Corte rechazó el análisis económico realizado por la Comisión por carecer de profundidad e idoneidad para sustentar los reclamos presentados. En particular, la Corte indicó que la base para los precios irlandeses no había sido suficientemente investigada, a fin de determinar si, en efecto, eran precios que generaban pérdidas. La Corte confirmó que el artículo 82 podía aplicarse cuando un competidor dominante impone, directa o indirectamente, precios abusivos a sus clientes. Asimismo, la Corte estableció que los precios resultaban excesivos cuando no guardaban una relación razonable con el valor económico del producto ofrecido, y que el artículo 82 podía ser violado si el consumidor se vio perjudicado como resultado de dicha política de precios, inclusive si no podía ser demostrado efecto alguno sobre la competencia. Habría sido quizás mucho esperar que la Corte indicara exactamente cómo era que un precio individual o rango de precios podría ser determinado como excesivo, un problema muy familiar solamente para los economistas. No obstante, la Corte sí indicó que un análisis detallado de los costos era un esencial paso inicial en todos los casos, y que el siguiente debía ser el comparar los precios impuestos por el competidor dominante con aquellos de sus competidores para el mismo producto. Lo que la Corte descubre en este caso es que la diferencia entre los precios de los plátanos Chiquita y aquellos de los principales competidores era de sólo 7%, lo cual, como sola evidencia, resultaba insuficiente para justificar una sanción por la imposición de precios excesivos. Por lo tanto, en lo que a este tema respecta, no se consideró que United Brands hubiera actuado en contra de lo establecido en el artículo 82<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Motta y De Streel (2003), p. 4.

<sup>54</sup> Goyder (2003), pp. 284-285.

Como podemos observar, en United Brands las tres formas de análisis fueron usadas de manera combinada: costos del competidor dominante, otros precios del competidor dominante y los precios de otros competidores que ofrecen un producto similar.

Pero el caso United Brands también muestra las dificultades probatorias mayores asociadas con la determinación de un precio excesivo, y probablemente explique la relativa escasez de instancias en las cuales la Comisión ha intervenido en dichos casos<sup>55</sup>.

De hecho, la primera pregunta que surge al leer este caso es la referida al valor económico de los plátanos comercializados por United Brands. Jones<sup>56</sup> responde a esto afirmando que dicho precio sería aquel que el consumidor está dispuesto a pagar por el producto. La Corte consideró que el exceso podría ser determinado mediante la comparación de los costos de producción y venta, lo cual mostraría el margen de ganancia, pero no sugirió un nivel al cual la ganancia se volvería excesiva y, por lo tanto, abusiva. Si los márgenes de ganancia de los empresarios son combatidos mediante la aplicación del artículo 82, entonces éstos se verían desincentivados a reducir sus costos. Más aún, las ganancias altas son quizás necesarias para proveer de un retorno justo por la innovación, o para actuar como un estímulo para futura innovación en mercados dinámicos. Además de lo antedicho, Jones hace una referencia muy importante sobre la predictibilidad cuando afirma que no resulta adecuado dejar a los competidores sin guía alguna relacionada con los niveles de ganancia que resultan aceptables en un régimen de libre competencia<sup>57</sup>.

Faull y Nikpay son de opinión similar. Afirman que, al igual que en el caso General Motors, la Corte dejó en claro que para realizar un detallado análisis de costos, resultaba necesario establecer que la cuestión a ser determinada era “si la diferencia entre los costos en que se incurren actualmente y el precio actual cobrado resulta excesivo y, si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, considerar si el precio cobrado es excesivo en sí mismo o resulta tal al ser comparado con el precio de los competidores”<sup>58</sup>. Sin embargo, los autores lamentan que la Corte no lograra articular un test más objetivo y viable. Al aplicar ambas partes del test, la noción de lo que significa “excesivo” aparece, y la Corte no provee guía alguna que pueda resolver esta falta de certeza. La Corte tampoco describe exactamente qué costos

---

<sup>55</sup> Faull y Nikpay (1999), p. 192.

<sup>56</sup> Jones y Sufirin. Op. cit., p. 330.

<sup>57</sup> Loc. cit.

<sup>58</sup> Faull y Nikpay (1999), p. 191.

deberían ser tomados en consideración al realizar un análisis costo-precio. Tampoco da luces sobre cuándo un precio deberá ser considerado excesivo “en sí mismo”. La exigencia de hacer la comparación con los precios de los competidores es, más aún, potencialmente poco confiable en el sentido que dichos precios usados para la comparación pueden ser, en sí mismos, abusivos<sup>59</sup>.

Con relación a la comparación realizada en este caso con los precios de otros competidores que ofrecen productos similares a los del competidor dominante, Motta y de Stree<sup>60</sup> consideran que ello resulta un test particularmente engañoso, toda vez que conlleva el riesgo de encontrar precios excesivos cada vez que existan diferencias en la calidad de los productos ofrecidos por los distintos competidores. Si el competidor dominante ha logrado su liderazgo a través del desarrollo de productos superiores a los de sus competidores, entonces deberá ser capaz de cargar precios más altos, sin que ello resulte abusivo.

#### **b. General Motors<sup>61</sup> (1975)**

Este es un caso donde se decidió comparar dos precios que el operador dominante establecía en el mismo Estado miembro de la UE.

Se le había transferido a GMC el monopolio legal para expedir certificados de conformidad para vehículos usados en Bélgica. Los autos vendidos en algún Estado miembro de la UE pero reimportados en Bélgica tenían que obtener dicho certificado. Al principio, GMC cobró 146 euros por dicho servicio, pero al poco tiempo lo redujo a 25 euros para los modelos europeos. La Comisión consideró que el precio inicial era abusivo, y le impuso una multa ascendente a 100 000 euros. En apelación, la Corte de Justicia de la UE confirmó, en principio, que un precio alto podría ser abusivo, pero no estableció los medios de prueba correspondientes, toda vez que en el caso no se discutía que los precios de GMC fueran excesivos. No obstante, la Corte anuló la decisión de la Comisión con el argumento de que la emisión del certificado de conformidad había sido una nueva responsabilidad de GMC transferida por el Estado, por la cual se había aplicado una tarifa alta en un periodo inicial, pero que rápidamente se había llevado dicha tarifa en línea con el costo económico del servicio<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>60</sup> Motta y De Stree (2003), p. 9.

<sup>61</sup> General Motors (1975) ECR 1367.

<sup>62</sup> Motta y De Stree (2003), p. 8.

### c. British Leyland (1986)

Este es un caso muy similar al que involucró a GMC. British Leyland también gozaba de un monopolio legal para otorgar certificados de conformidad. Inicialmente, la compañía cobraba 25 libras esterlinas tanto a autos con timón a la derecha como a aquellos con timón a la izquierda. Luego incrementó la tarifa para los autos con timón a la izquierda a 150 libras esterlinas para comerciantes y a 100 libras esterlinas para particulares. Una vez que la Comisión iniciara el procedimiento, British Leyland decidió cobrar una tarifa uniforme de 100 libras esterlinas, la que luego redujo a 25. La Comisión consideró que dichos precios no reflejaban los costos y que habrían estado destinados a entorpecer la importación paralela de vehículos. En ese sentido, le impuso una multa de 350 000 euros<sup>63</sup>.

En segunda instancia, la Corte ratificó la decisión de la Comisión, considerando que la única diferencia en otorgar un certificado a uno u otro vehículo era un simple *check* administrativo que no podía involucrar costos significativos. Siendo así, la diferencia de costos entre ambos servicios no podía justificar la diferencia en tarifas. De hecho, las tarifas no tenían relación alguna con los costos y fueron fijadas solamente para hacer menos atractiva la reimportación de autos con timón a la izquierda<sup>64</sup>.

### d. Parke-Davis (1968)<sup>65</sup>

Este es un caso donde se realizó una particular aplicación de la comparación con los precios de otros competidores que ofrecen productos similares a los del dominante, toda vez que se comparó el precio de un producto patentado ofrecido por la firma investigada con el de un producto similar sin patente de los competidores.

Un tribunal holandés consultó a la Corte de Justicia si resultaba válido establecer un precio más alto por producto patentado que por un producto similar no patentado proveniente de otro Estado miembro de la UE<sup>66</sup>. La Corte señaló que el hecho que el precio del producto en un Estado miembro fuera diferente de otro reimportado desde otro Estado miembro no constituía necesariamente un abuso, pero sí resultaría un factor determinante si la diferencia era muy marcada e injustificada bajo un criterio

---

<sup>63</sup> Loc. cit.

<sup>64</sup> Loc. cit.

<sup>65</sup> Parke-Davis (Parke-Davis 24/67 (1968) ECR 55).

<sup>66</sup> Motta y De Streel (2003), p. 9.

objetivo<sup>67</sup>. Lo que no resultó claro al resolverse el caso fue si dicha insuficiencia se debía al hecho que los precios comparados provenían de un producto patentado y de otro no patentado, o al hecho que los precios comparados provenían de dos países diferentes.<sup>68</sup> No obstante, luego de lo resuelto en el caso *Deutsche Grammophon*, la decisión en el caso *Parke-Davis* se explicó en el hecho que la comparación se realizó entre productos patentados y no patentados<sup>69</sup>.

#### **e. *Deutsche Grammophon*<sup>70</sup> (1971)**

El *benchmarking* o comparación con competidores activos en otros Estados miembros de la UE fue empleado también por la Corte en el caso que involucró a *Deutsche Grammophon*, y de hecho ha sido frecuentemente citado en cuestiones prejudiciales, en la medida en que tiene alcance comunitario, es decir, tiene que ver con el mercado interno de la UE al involucrar a más de un país. En este caso, un tribunal alemán consultó a la Corte de Justicia Europea si un productor alemán de productos fonográficos estaría abusando de su derecho exclusivo de distribución al establecer un precio de venta en Alemania mayor que el del producto original ofrecido en Francia y reimportado en Alemania<sup>71</sup>.

La Corte sostuvo que la diferencia entre el precio controlado (p. ej. en Alemania) y el precio del producto reimportado desde otro Estado miembro (p. ej. Francia) no era necesariamente suficiente para que se constituyera abuso; aunque podría resultar un factor determinante si dicha diferencia resultaba injustificada bajo un criterio objetivo y, asimismo, era particularmente grande. En este caso, y contrariamente al caso *Parke-Davis*, los productos fonográficos estaban protegidos por derechos de propiedad intelectual en ambos Estados miembros, y la Corte concluyó que la comparación de precios podía ser utilizada para demostrar la existencia de precios abusivos<sup>72</sup>.

#### **f. *Bodson*<sup>73</sup> (1988)**

En esta decisión sobre una cuestión prejudicial sobre la legalidad de unas concesiones públicas exclusivas para proveer servicios funerarios, la Corte abordó

---

<sup>67</sup> Jones y Sufrin. Op. cit., p. 331.

<sup>68</sup> Motta y De Streel (2003), p. 9.

<sup>69</sup> Loc. cit.

<sup>70</sup> *Deutsche Grammophon* 78/70 (1971) ECR 487.

<sup>71</sup> Motta y De Streel (2003), p. 11.

<sup>72</sup> Loc. cit.

<sup>73</sup> *Bodson* (Bodson 30/87 (1988)).

la cuestión de si un precio era “abusivo” en comparación con los precios en áreas donde no había dichas concesiones<sup>74</sup>.

La Corte sostuvo que debía ser posible realizar una comparación entre precios establecidos por el grupo de concesionarios y los precios impuestos en cualquier otro lugar, y que dicha comparación podía proveer una base para determinar si los precios impuestos por los concesionarios eran o no justos<sup>75</sup>.

#### **g. SACEM II<sup>76</sup> (1989)**

En el contexto de una queja acerca de los altos precios establecidos por una sociedad de gestión colectiva francesa de derechos de propiedad intelectual, denominada SACEM, la Corte consideró que los costos de producción a ser tomados en cuenta eran aquellos de una firma eficiente, y no necesariamente aquellos de la compañía investigada, la que podría haber inflado sus costos de producción debido a su posición de dominio (ineficiencia-X<sup>77</sup>). De hecho, la Corte estableció que un competidor no podía justificar sus precios excesivos en base a altos costos de producción, toda vez que no se tomará en consideración el hecho que es precisamente la falta de competencia en un determinado mercado lo que genera dichos altos costos de producción<sup>78</sup>.

Motta y de Streel afirman que en este caso la variante del análisis usado en el caso Deutsche Grammophon (comparación con otros competidores activos en otros Estados miembros) fue confirmada y refinada cuando la Corte señaló: “Cuando una empresa con posición de dominio establece escalas de tarifas por sus servicios que son evidentemente más altas que aquellas establecidas en otros Estados miembros y donde la comparación de los niveles tarifarios ha sido hecha sobre una base consistente, dicha diferencia debe ser considerada como un indicador de la existencia de abuso de posición de dominio. En dicho caso, le corresponde a la empresa en cuestión justificar la diferencia a través de diferencias objetivas entre la

---

<sup>74</sup> Jones y Sufirin. Op. cit., p. 331.

<sup>75</sup> Motta y De Streel (2003), pp. 10-11.

<sup>76</sup> SACEM II (Lucazeau/SACEM (SACEM II) 110/88, 241/88, 242/88 (1989) ECR 2811, para 29).

<sup>77</sup> La “ineficiencia-X” es la diferencia entre la conducta eficiente de las empresas, esperada o asumida por la teoría económica, y su comportamiento observable en la práctica.

<sup>78</sup> Motta y De Streel (2003), p. 5.

situación entre el Estado miembro involucrado y la situación prevaleciente en todos los demás Estados miembros<sup>79, 80</sup>.

Esto sugiere que una vez que se demuestra la existencia de una notoria diferencia de precios entre Estados miembros, la carga de la prueba recae en el operador dominante a fin de que justifique su precio más alto<sup>81</sup>.

#### **h. Renault<sup>82</sup> (1988)**

Un tribunal italiano consultó a la Corte de Justicia si sería abusivo que un productor de automóviles registrara derechos de propiedad intelectual relacionados con el diseño de repuestos de automóviles, toda vez que ello eliminaba la competencia proveniente de los productores independientes de repuestos.

La Corte señaló que el productor de automóviles que se rehúsa a otorgar licencias respecto de sus derechos de propiedad intelectual con relación a sus repuestos a favor de otros productores cometería un abuso si establece “precios abusivos” para sus propios repuestos<sup>83</sup>.

La Corte también respondió que el mero hecho de asegurar los beneficios provenientes de un derecho exclusivo otorgado legalmente no podía ser condenado, pero el ejercicio de dicho derecho sí podría resultar abusivo si conlleva negativas injustificadas para distribuir repuestos a concesionarios independientes, precios excesivos para dichos repuestos, o una decisión de no producir repuestos para un determinado modelo a pesar de que varios automóviles de dicho modelo se mantuvieran en circulación. En consecuencia, una comparación entre el precio de un producto protegido por derechos de propiedad intelectual y el precio de un producto similar no protegido no resultaba suficiente para probar que el primero era

---

<sup>79</sup> “When an undertaking holding a dominant position imposes scales of fees for its services which are appreciably higher than those charged in other Member States and where a comparison of the fee levels has been made on a consistent basis, that difference must be regarded as indicative of an abuse of a dominant position. In such a case, it is for the undertaking in question to justify the difference by reference to objective dissimilarities between the situation in the Member State concerned and the situation prevailing in all the other Member States” (traducción libre del autor).

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>81</sup> Jones y Sufrin. *Op. cit.*, p. 331.

<sup>82</sup> Renault 53/87 (1988) ECR 6039.

<sup>83</sup> Jones y Sufrin. *Op. cit.*, p. 331.

abusivo, ya que era necesario salvaguardar los incentivos para las inversiones en el desarrollo de propiedad intelectual<sup>84</sup>.

#### **i. CICCE<sup>85</sup> (1985)**

Este fue un caso de precios excesivamente bajos en el que la Comisión rechazó una denuncia presentada por una asociación de distribuidores de películas contra las estaciones de televisión francesas, en la que se alegaba que dichas estaciones imponían tarifas de difusión muy bajas por la transmisión de sus películas. La decisión de la Comisión fue confirmada por la Corte con el argumento de que lo alegado no había sido sustentado con evidencia suficiente y detallada que demostrara que las tarifas no guardaban relación con el valor económico de las películas<sup>86</sup>.

Aunque aún hay pocos casos sobre la materia, la Comisión no ha negado que los precios excesivamente bajos puedan constituir un abuso y que esto podría volverse un hecho más cotidiano en el futuro en la medida en que en diversos Estados miembros de la UE (incluyendo el Reino Unido) existe una inquietud acerca del poder de grandes grupos de comercio minorista<sup>87</sup>.

Pero este caso resulta interesante también por el hecho de que la Corte de Justicia refinó la comparación precio-costo al rechazar la comparación de un costo promedio de producción para todas las empresas con un precio de venta promedio y, por el contrario, consideró que el análisis debía ser hecho por cada película en particular, debido a la considerable diferencia de costos y tarifas entre ellas. En ese sentido, en casos en que haya productos similares con diferentes estructuras de costos, de acuerdo con el criterio de la Corte, se debería descartar las comparaciones basadas en promedios<sup>88</sup>.

#### **j. Ahmed Saeed<sup>89</sup> (1989)**

Este es otro caso en el que se discutió la comparación de los costos eficientes de producción y el análisis de rentabilidades. La Corte señaló la dificultad existente para

---

<sup>84</sup> Motta y De Streel (2003), pp. 9-10.

<sup>85</sup> Caso CICCE (C 298/83 CICCE (1985) ECR 1105).

<sup>86</sup> Faull y Nikpay (1999), p. 192.

<sup>87</sup> Jones y Sufirin. Op. cit., p. 332.

<sup>88</sup> Motta y De Streel (2003), p. 5.

<sup>89</sup> Ahmed Saeed 66/86 (1989) ECR.

asignar los costos comunes entre varios servicios<sup>90</sup> y advirtió que si la regulación sectorial específica proveía de reglas de contabilidad a los organismos reguladores para controlar precios, entonces una idéntica regla deberá ser usada por la agencia de competencia correspondiente para determinar si un precio es excesivo<sup>91</sup>. Por ejemplo, la Comisión recomendó el uso de la metodología denominada *Long Run Incremental Cost* (LRIC)<sup>92</sup> para la determinación del precio de interconexión de telefonía fija y el acceso ilimitado al bucle local en el sector de telecomunicaciones<sup>93</sup>.

#### **k. Deutsche Post II<sup>94</sup> (2001)**

Deutsche Post AG (DPAG), empresa que gozaba de un monopolio legal en el negocio de servicios postales internos en Alemania, consideró que cualquier correspondencia proveniente de terceros países pero que contenía alguna referencia a Alemania –usualmente en la forma de dirección del remitente– tenía un remitente alemán, sin importar dónde había sido generada o depositada. DPAG consideraba que dicha clase de correspondencia pretendía evadir ser calificada como correspondencia local y consecuentemente le aplicaba la tarifa local (51 centavos de euro).

La Comisión determinó que la imposición de la tarifa doméstica a la correspondencia en disputa superaba los costos. No se pudo realizar un análisis detallado de los costos promedio de DPAG toda vez que no existía documentación contable confiable para el periodo relevante, ni tampoco se podía comparar los precios de DPAG con aquellos de sus competidores en la medida en que la compañía gozaba de un monopolio. En lugar de ello, la Comisión calculó los costos del reparto de la correspondencia del correo internacional que llegaba a Alemania sobre la base de los cálculos hechos por la propia DPAG. De acuerdo con ello decidió imponer una multa por el monto simbólico de 1 000 euros dada la falta de certeza sobre el marco legal al momento de los hechos. Contrariamente a lo sucedido con anteriores decisiones sobre precios excesivos de la Comisión, DPAG no apeló la decisión puesto que el punto central de la discusión estuvo más relacionado con la

---

<sup>90</sup> Motta y De Streel (2003), p. 5.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>92</sup> La metodología LRIC consiste en evaluar los elementos de la red al valor actual o esperado de un operador eficiente y asignarlos de acuerdo con la principal causa generadora del costo.

<sup>93</sup> Ver: Commission Recommendation of 8 January 1998 on interconnection in a liberalized telecommunications market (Part 1-Interconnection pricing), O.J. (1988) L 73/42; y la Commission Recommendation, del 25 de mayo de 2000, on unbundled access to the local loop, O.J. (2000) L 156/44 at Article 1(6) En: Motta y De Streel (2003), p. 6.

<sup>94</sup> Deutsche Post II, O.J. (2001) L 331/40.

determinación del remitente de la correspondencia que con los precios cobrados. Una vez que se determinó que la correspondencia en disputa no pretendía pasar como correspondencia interna, ni siquiera DPAG cuestionó el hecho que una tarifa menor debía ser aplicada<sup>95</sup>.

### **I. Industrie des Poudres Spheriques (IPS) v. Commission<sup>96</sup> (2001)**

IPS deseaba comprarle a la compañía Pechiney suministros de metal de calcio primario, con la finalidad de fabricar bolas esféricas de metal de calcio a través de un proceso de atomización, ante lo cual Pechiney le ofreció proveerle los bienes a un precio que IPS rechazó por considerarlo excesivo. Luego de ello, IPS denunció a Pechiney ante la Comisión por infracción al artículo 82 del Tratado de Roma por dos razones: primero, por su política de precios y, segundo, por su participación en procedimientos antidumping destinados a impedir importaciones de metal de calcio primario al mercado común de la UE, provenientes de terceros países. Luego de un examen detallado de los costos de las operaciones de Pechiney, tanto la Comisión como la Corte de Primera Instancia llegaron a la conclusión que lo alegado por IPS carecía de fundamento<sup>97</sup>.

### **m. Varios otros casos que no terminaron en decisiones formales de la autoridad**

Los casos mencionados sólo representan la cima del iceberg. La Comisión ha iniciado varios otros procedimientos que no concluyeron con pronunciamientos formales pero que, no obstante, conllevaron reducciones de precios. La mayoría de dichos casos están relacionados con recientemente liberalizadas industrias de redes, como es el caso de aerolíneas (Sterling Airways<sup>98</sup>), electricidad (tarifas de transmisión de energía en Holanda<sup>99</sup>) y, en particular, telecomunicaciones.

---

<sup>95</sup> Motta y De Streel (2003), p. 12.

<sup>96</sup> Industrie des Poudres Spheriques (IPS) v. Commission (Case T-5/97 (2001)).

<sup>97</sup> Goyder (2003), p. 285.

<sup>98</sup> La Comisión consideró que las altas tarifas fijadas para la ruta Copenhague-Londres de la línea aérea SAS que gozaba de un monopolio legal podrían ser abusivas debido a la excesiva ganancia (precios sobre los costos). Sin embargo, el caso fue cerrado cuando las tarifas bajaron considerablemente en comparación con otras rutas internacionales de SAS: Xth Report on Competition Policy 1980, parág. 137.

<sup>99</sup> La Comisión sostuvo que los cargos por transmisión de electricidad siempre deben ser vinculados con los costos actuales a fin de evitar abusar de acuerdo con el artículo 82.

## 2.2. Nivel nacional: Casos en Reino Unido, España y Holanda

A continuación presentamos un importante caso británico<sup>100</sup> (Napp Pharmaceuticals), de hecho el caso nacional más importante en Europa. Luego, también pasaremos revista por un importante caso español que fue tratado como uno de precios excesivos (Comisión Nacional de la Energía-CNE v. Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa) y, finalmente, un reciente caso holandés (Interpay).

### a. Napp Pharmaceuticals v. Director General of Fair Trading<sup>101</sup> (RU, 2002)

Este caso presenta una situación muy interesante donde una compañía es encontrada responsable de dos conductas opuestas con relación al mismo producto: la imposición de precios predatorios y de precios excesivos.

El Director General of Fair Trading (DGFT) consideró que Napp había abusado de su posición de dominio en el mercado de suministro constante de morfina, un analgésico usado ampliamente tanto en hospitales como en la comunidad médica en general (venta en farmacias)<sup>102</sup>. Se consideró que el muy bajo precio establecido por Napp para el medicamento en el segmento de hospitales era un precio predatorio, y que aquél fijado a niveles muy altos en el segmento de la comunidad en general calificaba como precio excesivo<sup>103</sup>. Napp apeló la decisión de la DGFT ante el Tribunal de Apelaciones de la Comisión de Competencia del Reino Unido<sup>104</sup> (CCAT).

<sup>100</sup> En el Reino Unido un gran número de reportes de la comisión de monopolios y concentraciones se han abocado a los precios excesivos dentro del alcance del Acta de Comercio de 1973, pero la mayoría de estos casos han involucrado “monopolios complejos” (oligopolios). LA MMC (hoy, Comisión de Competencia) ha usado criterios como la ROCE (retorno sobre el capital utilizado) y CCA (contabilidad de costos actuales) para determinar los niveles de ganancias. Resulta posible comparar el llamado *Certainty Equivalent Accounting Rate of Return* (CARR) a través de un número de años con la tasa de interés libre de riesgo. Estos métodos de cálculo de ganancias más allá de lo normal son discutidos en el Office of Fair Trading’s Research Paper No.10 (OFT 1997). Sin embargo, el procedimiento del Acta de Comercio de 1973 es de naturaleza investigatoria y no es posible imponer sanciones por conductas pasadas. El procedimiento de la FTA sobrevivió a la reforma de la norma británica UK que, mediante el Acta de Competencia de 1998, también introdujo un sistema de prohibiciones (“the Chapter II prohibition”) basado en el artículo 82 del Tratado de Roma. En: Jones y Sufrin. Op. cit., p. 330.

<sup>101</sup> Comp AR 13.

<sup>102</sup> Goyder (2003), pp. 285-286.

<sup>103</sup> Evans y Padilla (2005), pp. 103, 105-107.

<sup>104</sup> UK Competition Commission Appeals Tribunal (CCAT).

Con relación a si los precios fijados en la comunidad en general eran excesivos, el CCAT arribó a una decisión basada en diferentes aspectos, entre los que se incluyeron:

- Que el margen de ganancia obtenido por Napp, en comparación con otros de sus productos era excesiva (especialmente considerando que sus patentes habían vencido varios años atrás);
- Que los precios para sus ventas a la comunidad eran alrededor de 33-67% más elevadas que los que sus competidores fijaban para medicamentos similares;
- Que los precios para su venta a la comunidad eran, en promedio, 1 400% más altos que los precios promedio correspondientes a los establecidos para el mercado de hospitales y, de hecho, incluso más altos en otros productos;
- Que las importantes ganancias hechas por Napp en este producto superaban el 80%, mientras en otros productos no lograban llegar a la mitad de dicho porcentaje<sup>105</sup>; y
- Que dichos precios excedieron sustancialmente los precios fijados por Napp al exportar el producto hacia otros mercados competitivos<sup>106</sup>.

De otro lado, el Tribunal rechazó la opinión del DGTF en el sentido que el costo de capital de Napp debía ser analizado y comparado con el costo de capital promedio considerado normal para otras compañías del sector farmacéutico, posiblemente debido a que la evidencia por el lado del análisis de costos y ganancias le resultaba ya absolutamente convincente al Tribunal<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> La OFT estableció que, bajo la UK Competition Act de 1998, un precio es considerado excesivo “si se encuentra sobre aquel que existiría en un mercado competitivo y respecto del cual es claro que las altas ganancias no estimularán nuevas entradas de competidores dentro de un periodo razonable”. De acuerdo con la OFT, la determinación respecto de si un precio está por encima del que hubiera existido en un mercado competitivo puede ser logrado de dos maneras: mediante *benchmarking* de márgenes precio-costo, y por *benchmarking* de precios. La OFT usó ambos. En el *benchmarking* de márgenes de precio-costo, la OFT comparó los márgenes de utilidad de Napp a través de ambos segmentos de consumidores y comparó también sus márgenes de utilidad con los de sus competidores. La OFT también comparó los precios de Napp con los de sus competidores. Napp fue multada con £3,21 millones por abuso de posición de dominio. Napp reclamó que la OFT no tomó en consideración la naturaleza dinámica de la competencia en dicho mercado. En: Evans y Padilla (2005), pp. 103, 105-107.

<sup>106</sup> Goyder (2003), pp. 285-286.

<sup>107</sup> Loc. cit.

Napp recalcó la importancia de la falta de certeza *ex ante* y de la competencia dinámica. También argumentó que los precios en mercados dinámicamente competitivos permitirían recuperar inversiones pasadas en investigación, desarrollo y promoción y volvió sobre el argumento de que la falta de certeza *ex ante* significaba que sus precios debían ser establecidos de acuerdo con un criterio basado en el “portafolio en conjunto” donde se establecían conjuntamente los precios y ganancias para todo un rango de diferentes productos. El Tribunal también rechazó este argumento que pretendía justificar altos precios *ex post* sobre la base de la falta de certeza *ex ante*<sup>108</sup>. El Tribunal (CCAT) habría entonces aprobado el test de “primacía de la evidencia”. La pregunta sería por qué las respuestas a varios test ambiguos –inclusive si son conjuntamente consistentes– deben ser más confiables que las conclusiones obtenidas a partir de un solo test ambiguo. Las comparaciones realizadas por la OFT en Napp no resultan, entonces, menos controvertidas que aquellas desarrolladas por la Comisión en United Brands<sup>109</sup>.

#### **b. Comisión Nacional de la Energía (CNE) v. Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa<sup>110</sup> (España, 2004)**

En noviembre de 2001, las subsidiarias de generación eléctrica de las compañías Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa retiraron, al mismo tiempo, una importante parte de su producción del mercado mayorista –donde la compra y venta de electricidad es llevada a cabo todos los días en España– y causaron el alza artificial de los precios. Endesa lo hizo en Cataluña y Andalucía, Iberdrola en Levante y Unión Fenosa en la región central del país. Las tres compañías ofrecieron sus kilovatios nuevamente cuando la energía retirada del mercado era echada de menos por sus clientes.

El Tribunal de Defensa de la Competencia declaró a las tres compañías responsables de haber cometido una infracción al artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en abusar de su posición de dominio en sus respectivos mercados de suministro de energía, en el contexto de restricciones técnicas, al realizar ofertas a precios que eran considerablemente más altos que sus costos variables revelados, con el propósito de ser excluidas de la compra y venta diaria, pero a sabiendas de que su oferta sería necesitada, de todas maneras, para satisfacer la demanda en el mercado de suministro de energía eléctrica a fin de resolver las restricciones técnicas.

---

<sup>108</sup> Evans y Padilla (2005), pp. 103, 105-107.

<sup>109</sup> *Ibíd.*, pp. 109-110.

<sup>110</sup> España, Tribunal de Defensa de la Competencia. Expte. 552/02, Empresas eléctricas.

Este caso es muy interesante pero de alguna forma engañoso. Si bien se aprecia una clara infracción a las reglas de competencia, éstas no son de naturaleza tal que puedan ser calificadas dentro del espectro de los casos de precios excesivos. De hecho, somos de la opinión de que los precios “excesivos” en el presente caso son precisamente una consecuencia de la real infracción al sistema competitivo, que consistió en la reducción artificial de la oferta hecha por los agentes con posición de dominio con la finalidad de alzar sus precios posteriormente.

### c. Interpay<sup>111</sup> (Holanda, 2005)

En 1994, ocho bancos holandeses constituyeron Interpay Nederland B.V. (Interpay), una compañía *holding* que trabajaría como una central de servicios para transacciones interbancarias, pagos electrónicos, pagos con tarjetas de crédito y servicios de información de pagos en Holanda. En 2002, la agencia de competencia holandesa, De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) inició una investigación sobre supuestas infracciones cometidas por Interpay y sus accionistas (los más importantes bancos holandeses), de los artículos 6 y 24<sup>112</sup> de la Ley de Competencia holandesa<sup>113</sup>.

Con relación al abuso de posición de dominio, la NMa estableció que un precio es considerado abusivo si no se relaciona razonablemente con el valor económico del producto o servicio ofrecido. Más aún, señaló que un competidor dominante está siempre en posibilidad de trasladar los costos de su propia ineficiencia a sus consumidores mediante la fijación de precios altos.

A fin de establecer si la ganancia que obtenía Interpay era excesiva, la NMa comparó dicho retorno con un *benchmark* de la ganancia sobre el capital social de Interpay y los préstamos de la compañía. La NMa calculó el *benchmark* de la ganancia sobre la base de un método denominado Weighted Average Cost of Capital, que es usualmente empleado para calcular índices de costo de capital<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Caso N° 2910-700, Nederlandse Mededingingsautoriteit.

<sup>112</sup> El artículo 6 MW está basado en el artículo 81 del Tratado de Roma y el artículo 24 Mw en el artículo 82 EC.

<sup>113</sup> [http://www.twobirds.com/english/publications/articles/The\\_Interpay\\_Decision.cfm](http://www.twobirds.com/english/publications/articles/The_Interpay_Decision.cfm). Última visita: 20/7/07, a las 23:43 horas.

<sup>114</sup> A calculation of a firm's cost of capital in which each category of capital is proportionately weighted. All capital sources - common stock, preferred stock, bonds and any other long-term debt - are included in a WACC calculation. En: <http://www.investopedia.com/terms/w/wacc.asp>. Última visita: 21/7/07, a la 1:23 horas.

Luego, la NMa calculó el retorno obtenido por Interpay durante el período 1998-2001 usando un modelo denominado Return on Invested Capital (ROIC).

La NMa concluyó que la ganancia obtenida por Interpay durante el periodo 1998-2001 era de cinco a siete veces más alta que la calculada a través del *benchmark* de la ganancia de capital. De acuerdo con la NMa, este resultado resultaba desproporcionado y concluyó que las tarifas aplicadas constituían un abuso de posición de dominio por parte de Interpay.

Pero el Comité de Apelaciones tuvo reparos con relación al método usado por NMa y coincidió con Interpay en que NMa no había sustentado adecuadamente sus conclusiones en la definición de mercado. Luego, siguiendo el procedimiento establecido para la apelación, la NMa confirmó la decisión referida a que los ocho bancos que constituyeron Interpay habían infringido la norma referida a cárteles; sin embargo, las multas impuestas inicialmente fueron reducidas. De otro lado, se decidió no imponer multa alguna a Interpay por abuso de posición de dominio en la forma de precios excesivos<sup>115</sup>.

En esta etapa, NMa arribó a la conclusión que se requería una investigación adicional a fin de probar que las tarifas resultaban excesivas. No obstante, tomando en cuenta las circunstancias, la NMa decidió no llevar a cabo investigación adicional alguna. Más allá del hecho que dicha investigación fuera muy difícil de realizar y que hubiera tomado demasiado tiempo, conllevando con ello un largo periodo de incertidumbre para las partes involucradas y otras partes interesadas, la decisión tomada por la NMa reflejó otra serie de circunstancias. Representantes de quienes ofrecían a los consumidores la posibilidad de realizar pagos electrónicos y los bancos involucrados tomaron un acuerdo sobre un esquema de compensación el 17 de noviembre de 2005<sup>116</sup>. Como resultado de ello, las tarifas relacionadas con los

---

Un cálculo del costo de capital de una empresa en el cual cada categoría del capital es proporcionalmente medida. Todas las fuentes de capital –stock común, stock preferido, bonos y otros papeles de deuda a largo plazo– están incluidos en un cálculo WACC. En: <http://www.investopedia.com/terms/w/wacc.asp>. Última visita: 21/7/07, a la 1:23 horas (traducción libre del autor).

<sup>115</sup> [http://www.nmanet.nl/engels/home/news\\_and\\_publications/news\\_and\\_press\\_releases/2005/nma\\_reviews\\_fines\\_imposed\\_on\\_banks\\_and\\_interpay.asp](http://www.nmanet.nl/engels/home/news_and_publications/news_and_press_releases/2005/nma_reviews_fines_imposed_on_banks_and_interpay.asp). Última visita: 23/7/2007, a las 18:26 horas.

<sup>116</sup> En el “Payment Services Covenant 2005” (Convenant Betalingsverkeer 2005) fue acordado que a cada empresa que ofrecía transacciones electrónicas se le descontaría al menos 1 centavo de euro por transacción sobre la tarifa negociada individualmente entre el banco y la empresa (en promedio, 5 centavos de euro por transacción) con efecto retroactivo al 1 de enero de 2005.

pagos electrónicos cayeron sustancialmente. Toda vez que dichos hechos, avalados por la NMA, tenían el mismo efecto que la imposición de una multa contra Interpay, la NMA decidió no desarrollar una nueva investigación<sup>117</sup>.

## 2.3. A manera de balance

### 2.3.1. ¿Miedo a la oscuridad?: La tímida aproximación de la Comisión

Los casos mostrados revelan la inexistencia de un claro y consistente test para la determinación de precios excesivos, así como la falta total de entusiasmo por parte de las autoridades de competencia europeas por la regulación de precios<sup>118</sup>. Faull y Nikpay<sup>119</sup> apuntan que resulta notorio que, probablemente con la finalidad de limitar los riesgos inherentes a cualquier juzgamiento subjetivo, las autoridades de competencia y jueces han tendido a restringirse en esta área y sólo persiguen conductas explotativas en casos donde la reducción del bienestar del consumidor es particularmente clara.

Motta y de Streel<sup>120</sup> van en la misma línea cuando afirman que a pesar de que en teoría cualquier competidor dominante es pasible de ser responsable por imponer precios excesivos, en la práctica la Comisión ha usado esta facultad con gran parsimonia. Tal como la propia Comisión lo ha señalado, no quiere comportarse como una entidad reguladora de precios. Es así como ha iniciado muy pocos casos y adoptado inclusive menos decisiones formales, la mayoría de ellas involucrando posiciones de dominio protegidas en diverso grado por el Estado o donde se involucraban circunstancias especiales.

Finalmente, Jones y Sufirin afirman que, toda vez que la regulación de precios es la antítesis del libre mercado, la Comisión no se ha preocupado mucho por la

---

También se les efectuaría el descuento mínimo a las empresas que ofrecieran transacciones electrónicas después del 1 de enero de 2005. Adicionalmente, la investigación realizada por la NMA mostró que el mercado de redes de servicio para pagos electrónicos había mejorado. Desde marzo de 2005 ya no era Interpay, sino los propios bancos, en competencia unos con otros, los que ofrecían a los comerciantes transacciones electrónicas compitiendo. En: [http://www.nmanet.nl/engels/home/news\\_and\\_publications/news\\_and\\_press\\_releases/2005/nma\\_reviews\\_fines\\_imposed\\_on\\_banks\\_and\\_interpay.asp](http://www.nmanet.nl/engels/home/news_and_publications/news_and_press_releases/2005/nma_reviews_fines_imposed_on_banks_and_interpay.asp). Última visita: 21/7/07, a las 19:39 horas.

<sup>117</sup> <http://www.nmanet.nl>. Op. cit.

<sup>118</sup> Jones y Sufirin. Op. cit., p. 332.

<sup>119</sup> Faull y Nikpay (1999), p. 189.

<sup>120</sup> Motta y De Streel (2003), p. 14.

persecución de precios excesivos, dando la impresión de estar de acuerdo con quienes señalan que la intervención contra los precios y ganancias altas *per se* constituye un desincentivo para la innovación e inversión<sup>121</sup>.

David S. Evans y A. Jorge Padilla<sup>122</sup> han desarrollado un profundo análisis de la cuestión y encontrado que el estándar legal que maximiza el bienestar del consumidor a largo plazo, dada la información típicamente disponible, no involucraría intervenciones *ex post* sobre las decisiones de los competidores dominantes sobre sus precios. Consideran que las condenas erróneas y/o equivocadas serán probablemente la norma en lugar de la excepción<sup>123</sup>. No obstante optar por ello como regla general, en su trabajo también se discute una posible excepción. A continuación seguiremos el análisis desarrollado por Evans y Padilla, mostrando además algunas opiniones desarrolladas por otros autores europeos sobre la materia.

### 2.3.2. Dificultades conceptuales y prácticas

Desde la perspectiva del artículo 82(a) del Tratado de Roma, el establecimiento de políticas de precios excesivos por parte de competidores con posición de dominio presenta numerosas dificultades conceptuales y prácticas. Evans y Padilla señalan que, conceptualmente, lo que constituye un precio “abusivo” ha sido objeto de un largo y acalorado debate entre políticos, académicos y cortes. Desde una perspectiva práctica, la duda que encuentran es cómo una autoridad de competencia o los jueces pueden distinguir entre precios competitivos y precios excesivamente altos. Las respuestas a ambas cuestiones son de extrema importancia, toda vez que el efecto actual sobre el bienestar del consumidor a partir de las intervenciones sobre los

---

<sup>121</sup> La regulación de precios debe ser restringida a situaciones de monopolios naturales o legales. En otras situaciones, es mejor resolver las situaciones de precios excesivos mediante actuaciones firmes contra las conductas anticompetitivas por las que la empresa dominante busca preservar su dominio. La Comisión lo explicó en su Reporte de Competencia de 1994. En: Jones y Sufrin. Op. cit., pp. 327-328.

<sup>122</sup> Evans y Padilla (2005), p. 97.

<sup>123</sup> “Case law shows that assessing excessive prices is an extremely complex task, subject to daunting conceptual and practical difficulties. It also shows that any rule that prohibits excessive prices is likely to yield incorrect predictions in numerous instances”. En: Evans y Padilla (2005), pp. 121-122.

“La jurisprudencia muestra que la determinación de precios excesivos es una tarea extremadamente compleja, sujeta a complejas dificultades conceptuales y prácticas. Ello muestra también que es probable que cualquier regla que prohíba los precios excesivos derive en decisiones incorrectas en varias instancias”. En: Evans y Padilla (2005), pp. 121-122. (Traducción libre del autor).

precios establecidos por los competidores dominantes dependerá de la habilidad que tengan las autoridades de competencia y los jueces para establecer si los precios son o no excesivos en la práctica<sup>124</sup>.

Faull y Nikpay también hacen referencia a dichos problemas cuando afirman que los precios excesivos han probado ser un abuso notoriamente difícil de perseguir, principalmente considerando la complejidad involucrada en el cálculo de lo que constituye un precio alto. Abordar dichos casos resulta también problemático en el sentido que se espera que la autoridad interventora tome un rol de regulador de calidad y precios, con el objetivo de luego tantear el mercado a fin de determinar cuál debería ser el nivel de precio correcto. Los referidos autores también plantean un aspecto muy importante del problema cuando afirman que, desde el otro lado de la orilla, es decir, desde el punto de vista del competidor dominante, el control de precios excesivos le plantea un problema de incertidumbre legal: ¿Cuán altos pueden ser fijados sus precios dentro de la legalidad?<sup>125</sup>

Pero del otro lado están quienes sostienen que, si bien en efecto, el cálculo del precio que existiría bajo condiciones de normal y efectiva competencia no siempre será sencillo, resulta extraño que una buena norma sea sencilla de aplicar<sup>126</sup>.

Sin embargo, tal como se ha apreciado en la sección anterior, la variedad de metodologías y criterios que la Corte ha utilizado para probar que un precio es excesivo muestra lo siguiente:

- Primero, la autoridad de competencia puede optar por demostrar que el precio bajo revisión es superior a los costos de producción de una empresa eficiente.
- Segundo, toda vez que los costos de producción no son fácilmente observables, particularmente para una autoridad de competencia que lidia con mucha información asimétrica, entonces dicha autoridad puede decidir comparar diferentes precios del competidor investigado y demostrar alguna discriminación (entre consumidores del mismo país o entre diferentes países).
- Tercero, la agencia de competencia podrá optar por comparar los precios del competidor investigado con aquellos de otros competidores que ofrecen productos similares. Pero toda vez que la mera comparación con los precios de la competencia da muy poca guía para inferir conclusión

---

<sup>124</sup> *Ibíd.*, p. 98.

<sup>125</sup> Faull y Nikpay (1999), pp. 190-191.

<sup>126</sup> Latrémolière, F. *Op. cit.*

- alguna sobre la práctica anticompetitiva del competidor dominante, dicha comparación deberá ser complementada con elementos adicionales.
- Cuarto, la agencia de competencia puede decidir comparar el precio investigado con los precios de otras firmas que actúan en mercados relevantes diferentes (ya sea dentro del mismo Estado miembro o en otro)<sup>127</sup>.

Pero la búsqueda del precio de competencia no ha sido una tarea fácil. Incluso si las autoridades tuvieran perfecto conocimiento de los costos, aflorarían problemas relacionados con la correcta asignación de los costos comunes. En la mayoría de casos, las autoridades no conocerán estos costos y terminarán adivinando el precio competitivo con otros indicadores del precio que, siendo observables, no dejarán de ser imperfectos. No obstante, la teoría económica nos enseña que la mera comparación de precios no debería ser suficiente para probar una práctica abusiva. La comparación deberá ser siempre complementada por una detallada evaluación de las características del mercado y un profundo análisis de la racionalidad anticompetitiva que explica la diversidad de precios<sup>128</sup>.

Consecuentemente, cualquier política que busque detectar y prohibir los precios excesivos en la práctica es muy probable que arribe a conclusiones incorrectas. En algunas ocasiones, las autoridades concluirán que los precios establecidos son competitivos cuando en realidad no lo son. En otros casos, van a concluir que ciertos precios son excesivos cuando en realidad son precios de competencia. Todos estos errores son costosos. En el primer grupo de casos –o absoluciones erradas– el resultado es menor que el óptimo: algunos consumidores serán excluidos del mercado indebidamente. En el segundo grupo de casos –o condenas erradas– las ganancias serán mantenidas artificialmente bajas, lo que reducirá los incentivos para la investigación e innovación, con el consecuente detrimento de los consumidores<sup>129</sup>.

### **2.3.3. En la práctica, ¿qué es un precio ‘competitivo’?**

Surge la pregunta referida a cómo definiríamos un precio “competitivo” en la práctica. En un escenario estático, en industrias competitivas donde la inversión es la excepción en lugar de ser la norma y donde la producción no está sujeta a significativas economías de escala, el precio “competitivo” está dado por el costo

---

<sup>127</sup> Motta y De Streel (2003), pp. 18-19.

<sup>128</sup> *Ibíd.*, p. 19.

<sup>129</sup> Crandall, R. y J.H. Alleman (eds) *Broadband* (Washington, DC: AEI-Brookings 2002). Citado por Evans y Padilla (2005), p. 99.

marginal en función de la demanda del mercado. Pero la competencia es raramente estática y las industrias suelen exhibir significativas economías de escala y/o de ámbito. En industrias dinámicas, donde los costos fijos son típicamente altos y los costos marginales son bajos, el precio “competitivo” no está dado por los costos marginales. Así, en esta clase de industrias resulta imposible definir precios “competitivos” usando únicamente información referida a los costos<sup>130</sup>.

Algunos economistas han intentado evitar estas dificultades utilizando *benchmarks* de utilidades, en lugar de *benchmarks* de precio-costo, al determinar precios excesivos. Con este método alternativo, los precios de una empresa son considerados “excesivos” si ella obtiene ganancias más altas que aquellas que esperaría ganar en un idéntico mercado, pero de naturaleza competitiva. Vale decir, si el retorno de capital del competidor dominante es mayor que su costo de capital promedio. No obstante, en la práctica existen importantes problemas conceptuales y de cálculo para medir estas variables<sup>131</sup>.

No resulta claro cuál será el *benchmark* competitivo en la mayoría de circunstancias de la vida real y, particularmente, en industrias dinámicas donde la inversión y la innovación juegan un rol protagónico. Incluso si pudiera definirse un *benchmark* apropiado, sigue siendo poco claro cómo se podría, en la práctica y sobre la base de la información típicamente disponible para las autoridades y analistas, determinar con precisión si los precios están por encima, al mismo nivel, o por debajo de la *benchmark* competitivo<sup>132</sup>.

Con relación al análisis basado en “ganancias excesivas”, Evans y Padilla señalan que bajo aquél es muy difícil determinar cuándo se está, en efecto, frente a un caso de precios excesivos y cuantificar qué porción de las ganancias –y, por lo tanto, qué porción de los precios– son resultado de la situación monopólica o de tácticas competitivas. El análisis basado en “ganancias excesivas” para la identificación de precios excesivos no resulta menos controvertido que el método basado en el análisis directo de precios y costos, tal como fuera reconocido implícitamente por el Borrador de Lineamientos de Supervisión de Conductas<sup>133</sup> de la OFT<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> Evans y Padilla (2005), pp. 100-101.

<sup>131</sup> *Ibid.*, pp. 101-102.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>133</sup> Draft Guidelines on the Assessment of Conduct.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 103.

### 2.3.4. La “declaración de imposibilidad”<sup>135</sup>

Las dificultades conceptuales y prácticas enfrentadas por las autoridades de competencia y jueces en *United Brands* y *Napp* son manifestaciones concretas de un problema más fundamental, que puede ser explicado en la forma de la siguiente “declaración de imposibilidad”<sup>136</sup>: No existe una regla de *benchmarking* de precio-costo o ganancias que implemente el artículo 82(a) (o sus equivalentes en los Estados miembros de la UE) de manera que se satisfagan las siguientes condiciones: (a) objetividad<sup>137</sup> y (b) eficiencia<sup>138</sup>.

A fin de explicar ello, consideremos que la regla general de *benchmark* es: “un precio (o un margen de ganancia) es excesivo de acuerdo al artículo 82(a) si resulta mayor que un referente comparativo dado”. Para que sea objetiva, la regla tendría que:

- a. Especificar cuál va a ser la medida de “precio” y “ganancia” que debe ser utilizada en la comparación.
- b. Identificar un referente comparativo que sea viable y carezca de ambigüedad.
- c. Definir un umbral “crítico” para el precio o ganancia variable.

La regla podría especificar diferentes variables dependiendo de la actividad económica bajo análisis, pero tendría que hacerlo *ex ante* y de forma objetiva<sup>139</sup>.

Después de varias décadas debatiéndose la forma de regular empresas de servicios públicos y otras industrias con monopolios y oligopolios naturales, debería quedar claro que no existe forma de satisfacer ambos requisitos –objetividad y eficiencia– en la práctica. Las nociones apropiadas de precio, ganancias y costos,

---

<sup>135</sup> Originalmente denominado “*impossibility statement*”.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>137</sup> Una regla objetiva genera resultados predecibles y, por lo tanto, otorga seguridad jurídica. (...) Un régimen regulatorio impredecible no sólo generará injustos resultados *ex post* por su inconsistencia, sino que tendrá largas ramificaciones potenciales para el desarrollo de inversiones y decisiones *ex ante*. En: Evans y Padilla (2005), pp. 110-111.

<sup>138</sup> Para que sea eficiente, la regla general de *benchmarking* descrita debería determinar que los precios son excesivos sólo cuando son fijados a niveles que reducen eficiencias dinámicas y estáticas del mercado en detrimento de los consumidores. En: Evans y Padilla (2005), p. 111.

<sup>139</sup> Evans y Padilla (2005), p. 110.

así como el umbral crítico, tendrían que ser determinadas con cada caso en mano, con lo que la metodología sería complicada de anticipar antes de los hechos<sup>140</sup>.

Por supuesto que uno siempre podría definir una regla objetiva especificando, por ejemplo, que un competidor estará estableciendo precios excesivos cuando sus precios son X% mayores que sus costos variables promedio. Pero esto, al igual que similares reglas arbitrarias, generará, de seguro, resultados ineficientes<sup>141</sup>.

A la luz del resultado “imposible” derivado de lo antedicho, cualquier regla sobre el precio del tipo “un precio es excesivo si es X% mayor que el costo” es pasible de generar errores; precios por encima del nivel competitivo serán bendecidos en ocasiones, mientras en otros casos se terminará condenando precios competitivos. Cualquier estándar legal generará “condenas erradas” –o errores de tipo I, bajo la terminología estándar de la teoría de la decisión– y/o en “absoluciones erradas” –o errores de tipo II–<sup>142</sup>.

Existe además un importante problema legal relacionado con la predictibilidad. Las reglas son más eficientes cuando las consecuencias de las conductas son fácilmente predecibles, considerando la regla correspondiente. En ese sentido, la falta de precisión en una política o regla de precios excesivos no permite a los competidores con posición de dominio estar seguros cuando diseñan sus políticas de precios. Estas incertidumbres generan ineficiencias nada fáciles de evitar por otros medios.

### 2.3.5. Diseño de la regla legal más apropiada

Dados dichos errores de cálculo, Evans y Padilla<sup>143</sup> tratan de encontrar cuál sería el estándar legal más apropiado para los precios excesivos. Sugieren las siguientes posibles reglas:

- (i) **Legalidad *per se***: Bajo esta regla no habría precio pasible de ser considerado abusivo o excesivo.

---

<sup>140</sup> *Ibíd.*, p.111.

<sup>141</sup> *Loc. cit.*

<sup>142</sup> To use the criminal justice system as an example, a type I error would be the equivalent of jailing an innocent person, whereas a type II error would be allowing a guilty party to go unpunished. En: Evans y Padilla (2005), p. 113.

“Tomando el sistema de justicia criminal como un ejemplo, un error de tipo I sería equivalente a condenar a una persona inocente, mientras que el error de tipo II consistiría en permitir que un sujeto culpable no sea castigado”. En: Evans y Padilla (2005), p. 113. (Traducción libre del autor).

<sup>143</sup> *Ibíd.*, p. 116.

- (ii) **Ilegalidad *per se* modificada:** Se presumirían ilegales aquellos precios que sean X% mayores que los costos. La presunción puede ser rebatida a través de evidencia que muestre significativas ineficiencias *ex ante*.
- (iii) **Regla de la razón estructurada:** Este estándar emplearía un primer filtro para focalizarse únicamente en aquellas industrias donde (a) las barreras de entrada son altas, y (b) la inversión e innovación *ex ante* no juegan rol alguno y, si lo hacen, resulta limitado. En una segunda etapa, la regla involucraría una comparación precio-costo similar a la que se usa en la regla de ilegalidad *per se* modificada. Finalmente, en la última etapa, los beneficios de eficiencia *ex ante* serían considerados y comparados con las distorsiones *ex post* asociadas a los altos precios<sup>144</sup>.

Los autores consideran que el peso de la evidencia favorece a la regla de legalidad *per se*, toda vez que en la práctica la habilidad de las autoridades de competencia y los jueces (o, de hecho, de cualquier economista) para distinguir entre precios eficientes (justos) e ineficientes (abusivos), es muy reducida<sup>145</sup>. Más aún, afirman que los precios establecidos por sobre los niveles de costos suelen ser eficientes<sup>146</sup>. La ventaja de especificar un estándar común de legalidad *per se* para todos los casos de precios excesivos es que simplifica mucho la aplicación de la ley, brindando a las empresas un ambiente de mayor certeza legal y permitiendo que las autoridades de competencia orienten sus esfuerzos a perseguir conductas más gravosas<sup>147</sup>. A esta conclusión llegan a través de un análisis de dos etapas.

En la primera comparan el estándar de la regla de la razón estructurada con la regla de ilegalidad *per se* modificada y optan por preferir la primera a partir de una perspectiva vinculada al costo de los errores. Su razonamiento se sustenta en que el primer filtro de la regla de la razón reduce el ámbito de intervención a

---

<sup>144</sup> *Ibid.*, pp. 116-117.

<sup>145</sup> “Nuestra preferencia teórica se inclina en favor del criterio de legalidad *per se* adoptado en Estados Unidos y se sugiere una reforma al respecto de la norma europea sobre la materia”. En: Evans y Padilla (2005), p. 121. (traducción libre del autor).

<sup>146</sup> “The reason is twofold. First, firms need to mark up their variable costs in order to cover their fixed costs, to fund their new investments, and to continue innovating. Second, the ability of firms to sustain above-competitive prices is most often constrained by the possibility of entry”. En: Evans y Padilla (2005), p. 118.

“La razón es doble. Primero, las empresas necesitan definir sus costos variables con el fin de cubrir sus costos fijos, a fin de realizar nuevas inversiones, y continuar innovando. Segundo, la habilidad de las compañías para mantener precios superiores al nivel de competencia es frecuentemente afectada por las posibilidades de entrada al mercado de nuevos competidores”. En: Evans y Padilla (2005), p. 118. (Traducción libre del autor).

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 119.

industrias donde tanto el costo de los errores como la probabilidad de condenas erradas (errores tipo I) son bajos<sup>148</sup>.

En la segunda etapa comparan la regla de la razón estructurada y la regla de legalidad *per se*. Luego de considerar la probabilidad y el costo de los errores bajo cada una de dichas reglas, así como los costos administrativos y de exigibilidad para implementar el estándar legal, escogen la regla *per se* como la mejor<sup>149</sup>. Los autores consideran que los costos que aumentan por las absoluciones erradas bajo la regla *per se* deberán ser comparados con los costos administrativos adicionales de tener un estándar bajo la regla de la razón así como con el costo de las condenas erradas provenientes de aplicar dicho estándar. Es mejor aprobar cualquier precio que correr el riesgo de prohibir muchas estrategias de precio eficientes sólo por sancionar unas pocas dañinas<sup>150</sup>.

Otros autores como Yannis Katsoulacos<sup>151</sup> son de opinión similar y también prefieren la regla de legalidad *per se*. Afirmar que resulta interesante que, mientras un análisis económico en el caso de prácticas exclusorias lleva de manera natural a optar por una regla de la razón a fin de descubrir potenciales infracciones, en el caso de las prácticas explotativas, un análisis similar sugiere por el contrario que una regla de legalidad *per se* sería la más apropiada.

Katsoulacos también coincide con Evans y Padilla en que la probabilidad de condenas erradas en casos de precios excesivos (errores tipo I) es alta. Pero más importante aún resulta el alto costo de estos errores en términos de reducción de incentivos para la inversión que pueda incrementar el poder de mercado de un competidor, pero que, a su vez, también incrementa el bienestar del consumidor<sup>152</sup>.

### 2.3.6. Criterio intervencionista bajo “circunstancias excepcionales”

Pero la posición de Evans y Padilla no resulta tan radical en la medida en que consideran algunas “circunstancias excepcionales” en las que sería preferible

---

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>149</sup> Hylton, K.N. *Antitrust Law, Economic Theory and Common Law Evolution* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003). Citado por Evans y Padilla (2005), p. 117.

<sup>150</sup> Evans y Padilla (2005), p. 118.

<sup>151</sup> Katsoulacos (2006).

<sup>152</sup> “El costo de los errores de tipo II –absoluciones erradas bajo una regla de legalidad *per se*– son mucho menores que los costos de usar una regla de la razón para los precios excesivos, más los costos de tipo I –condenas erradas–”. En: Katsoulacos (2006), p. 5. (Traducción libre del autor).

adoptar un criterio intervencionista con relación a los precios excesivos. Dichas circunstancias son las siguientes:

- (i) la empresa goza de una posición cercana al monopolio en el mercado que no es resultado de su inversión o innovación y que está protegida por insuperables barreras legales de entrada;
- (ii) los precios fijados por la empresa exceden largamente sus costos totales promedio; y
- (iii) existe un riesgo que dichos precios impidan la entrada de nuevos bienes y servicios en mercados adyacentes.

Estas tres condiciones, que deberán ser aplicadas caso por caso, son acumulativas: basta que una no se cumpla para concluir que los precios no son “excesivamente” altos<sup>153</sup>. Pero incluso en dichos casos, señalan los autores, no queda claro por qué no sería mejor simplemente optar por la regulación *ex ante*, estableciendo organismos reguladores que tengan mayor información acerca de las características de los mercados en cuestión y estén más aptos para monitorear el cumplimiento de las normas<sup>154</sup>.

Finalmente, Motta y de Streeck también presentan un par de circunstancias excepcionales que podrían justificar el control de precios excesivos cuando existe posición de dominio. Señalan que las siguientes condiciones deben estar presentes de manera simultánea:

- (i) La primera condición necesaria, mas no suficiente, es estática y se refiere a la presencia de barreras de entrada altas y no transitorias. La empresa investigada deberá gozar de un monopolio (o de una situación cercana al monopolio) o controlar una facilidad esencial, haciendo de su posición una “no contestable”.
- (ii) La segunda condición necesaria es dinámica y limita la intervención en casos de monopolios (o situaciones cercanas al monopolio) que deban su origen a derechos especiales o exclusivos, ya sean estos actuales o antiguos<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> Evans y Padilla (2005), p. 119.

<sup>154</sup> *Ibíd.*, p. 122.

<sup>155</sup> Las intervenciones sólo serían justificadas si no tienen efecto sobre los incentivos a la inversión o, en otras palabras, si el monopolio (o situación cercana al monopolio) se debe a alguna protección legal del pasado. En: Motta y De Streeck (2003), p. 16.

Motta y de Streel añaden que si la posición de dominio ha sido obtenida en un mercado donde la entrada era irrestricta (a partir de inversión, investigación o, simplemente, por tener suerte en los negocios), el derecho de la competencia no debería intervenir. Por el contrario, si la posición de dominio ha sido obtenida a partir de barreras legales actuales o pasadas, su intervención podría ser justificada. Casos de esa naturaleza serían la mayoría de industrias antiguamente dominadas por monopolios estatales en Europa<sup>156</sup>. Finalmente, los autores afirman que existen dos condiciones adicionales relacionadas con cuestiones institucionales que deberían ser cumplidas para que la intervención de la agencia de competencia sea justificada. Primero, la autoridad de competencia no deberá poder eliminar las barreras de entrada de manera efectiva. Segundo, que no haya un regulador sectorial<sup>157</sup>.

### **III. El control de precios excesivos en el derecho de la competencia peruano**

#### **3.1. El contenido del Decreto Legislativo N° 701 con relación al abuso de posición de dominio**

La norma de competencia peruana contenida en el Decreto Legislativo N° 701 tiene una estructura similar, mas no idéntica, a la de las normas de competencia contenidas en el Tratado de Roma. Además, dichas similitudes se extienden a otras normas nacionales europeas de competencia, como es el caso de la española.

Nuestra norma contiene una cláusula general con una descripción abierta de lo que es una conducta anticompetitiva en su artículo 3<sup>158</sup>. Luego, el artículo 4<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> Motta y De Streel (2003), pp. 16-17.

<sup>157</sup> De hecho, un organismo regulador tiene mejor conocimiento del sector, y usualmente tiene el derecho a intervenir incluso con una baja carga probatoria. En ese sentido, manejaría los abusos explotativos con mucho más eficiencia de lo que lo haría una autoridad de competencia. La intervención quizás podría ser justificada, en todo caso, si el organismo regulador no está haciendo bien su trabajo y si la agencia de competencia va a corregir la falla de mercado. En: Motta y De Streel (2003), p. 17.

<sup>158</sup> Decreto Legislativo N° 701. Artículo 3. Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

<sup>159</sup> Decreto Legislativo N° 701. Artículo 4. Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o

describe lo que es posición de dominio y, a continuación, dos artículos son dedicados a definir y explicar, primero, lo que es un abuso de posición de dominio (artículo 5<sup>160</sup>) y, luego, una conducta restrictiva de la competencia (artículo 6<sup>161</sup>).

---

servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.

<sup>160</sup> 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.

Son casos de abuso de posición de dominio:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.
- b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- d) Derogado.
- e) Derogado.
- f) Otros casos de efecto equivalente.

<sup>161</sup> Decreto Legislativo N° 701. Artículo 6. Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

- a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- c) El reparto de las cuotas de producción.
- d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor.
- e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos que existan iguales condiciones.
- f) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Como se puede apreciar, la norma de competencia peruana tiene varias semejanzas con las normas de competencia contenidas en el Tratado de Roma. Sin embargo, existen importantes diferencias entre ambas. Para efectos del presente trabajo, la más importante es la relacionada con la inexistencia de una disposición similar a la contenida en el artículo 82, literal a) del Tratado de Roma, que contiene la posibilidad de considerar la imposición de precios de compra o venta excesivos como una forma de abuso de posición de dominio.

Sin embargo, nuestra cláusula abierta en el artículo 5 literal f)<sup>162</sup>, así como especiales formas de interpretación de la norma desarrolladas por miembros de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, les permitieron, hace un par de años, sostener que nuestro régimen de competencia prohíbe el abuso de posición de dominio en la forma de fijación de precios excesivos. A continuación realizamos un breve análisis del caso que fuera resuelto de dicha manera, a fin de determinar la legalidad de la interpretación realizada, así como la conveniencia de implementar la práctica en el Perú, considerando la experiencia europea analizada en las secciones precedentes.

### 3.2. El caso AFP

En el caso AFP, cuatro compañías que brindan servicios privados de administración de fondos de pensiones fueron acusadas de abusar de su posición de dominio conjunta por fijar sus comisiones de manera concertada. El Tribunal resolvió *obiter dicta* que la imposición de precios excesivos era una conducta pasible de sanción bajo la norma de competencia, toda vez que un abuso de posición de dominio podía llevarse a cabo tanto a través de prácticas exclusorias como de prácticas explotativas.

El Tribunal sostuvo que dicho argumento era consistente con la Constitución Política y el Decreto Legislativo N° 701; entre otras cosas, debido a que la legislación

---

g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

h) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

j) Otros casos de efecto equivalente.

<sup>162</sup> Decreto Legislativo N° 701. Art. 5, f) Otros casos de efecto equivalente.

européa de competencia, que fuera usada como referente al redactar el Decreto Legislativo N° 701, también condenaba los precios excesivos.

El argumento usado por el Tribunal, proveniente directamente del Decreto Legislativo N° 701, era que el establecimiento de un precio excesivo constituía una conducta explotativa incluida en la definición legal de abuso de posición de dominio del artículo 5 de dicha ley y resultaba prohibida por los artículos 3 y literal f) de la norma (“otros casos de efecto equivalente”). El Tribunal señaló también que nuestra norma no faculta a la autoridad de competencia a intervenir cuando la posición de dominio que sustenta la conducta tiene un origen legal. Finalmente, el Tribunal señaló también que el hecho que la autoridad de competencia esté facultada para declarar la existencia de un abuso de posición de dominio en la forma de fijación de precios excesivos en el mercado no significaba que dicha autoridad esté fijando precios.

El caso generó una serie de opiniones discrepantes. Muchos de los profesionales familiarizados con la manera en que el INDECOPI había sido manejado antes de 2001 (una perspectiva mucho menos intervencionista) se mostraron en contra de este nuevo criterio de matiz más intervencionista. Pero el primer aspecto a ser analizado está definitivamente relacionado con la legalidad de la decisión adoptada por el Tribunal. ¿Es acorde con el derecho peruano condenar la fijación de precios excesivos? El segundo tiene que ver con la conveniencia de sancionar la imposición de precios excesivos, ya sea ésta una posibilidad que podamos considerar como incluida en nuestra norma o sea que deba ser incorporada a través de una modificación legal. A continuación, empezaremos por hacer un análisis sobre la legalidad de la decisión adoptada por el Tribunal, considerando el actual régimen de competencia peruano.

Dividiremos el análisis en dos partes. En la primera, debemos corroborar si la norma peruana de competencia, en sí misma, permite al INDECOPI sancionar la imposición de precios excesivos. En la segunda, analizaremos un importante argumento utilizado por los detractores del Tribunal, referido a que el control de los precios excesivos sería una conducta prohibida por el ordenamiento legal peruano en la medida en que la agencia de competencia estaría fijando precios a través de ella, lo que resulta contrario a nuestra Constitución Política y al Decreto Legislativo N° 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada).

Con relación a la primera parte del análisis legal, resulta importante recordar que, si bien es cierto que la legislación peruana en materia de competencia tiene

algunas raíces europeas, ello no significa que sea una completa copia de ella. De hecho, es importante notar que existen claras diferencias en la forma en que nuestra ley está redactada en relación con el texto comunitario y las normas nacionales europeas. Más aún, la aplicación de nuestra norma a través de los años ha estado mucho más cercana al sistema *antitrust* estadounidense y las similitudes con el modelo europeo están más relacionadas con la forma en que las conductas prohibidas han sido detalladas.

Una de esas diferencias de gran importancia es precisamente aquella referida al control de precios excesivos, en la medida en que el Perú no cuenta con una disposición similar a la comunitaria en la materia. No obstante, ella no es la única diferencia importante toda vez que la falta de disposiciones sobre control de fusiones y adquisiciones en nuestra norma es otra diferencia de particular relevancia. Dichas diferencias se deben a que nuestra norma procuró ser lo menos intervencionista posible en la creencia de que la intervención *ex post* es la mejor forma de desarrollar un sistema de libre competencia en un mercado que acababa de abrirse al libre mercado. Por ello optamos por un criterio cercano al del derecho *antitrust* estadounidense.

Dicha visión proveniente del derecho *antitrust* estadounidense se refleja no sólo en la aplicación e interpretación de nuestra norma de competencia, sino también en la forma en que ésta ha sido modificada desde que fue expedida en 1991<sup>163</sup>. Todas las modificaciones efectuadas a la norma han estado orientadas a reducir la intervención del Estado.

Es cierto, por otro lado, que no sólo el Tratado de Roma sino también la mayoría de normas nacionales de competencia de los países miembros de la UE contienen reglas que permiten el control del abuso de posición de dominio en la forma de precios excesivos. Sin embargo, tal como hemos podido ver, el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701 no contiene norma similar alguna, sino simplemente una cláusula abierta a fin de incluir conductas equivalentes a aquellas listadas en dicho artículo. ¿Basta dicha cláusula abierta para considerar que la conducta se encuentra prohibida?

---

<sup>163</sup> De hecho, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 807 –que modificó nuestra norma de competencia algunos años atrás–, se refiere a la derogación del literal d (acerca de la diferenciación de precios al efectuarse compras ya sea en el mercado interno o externo) como una medida relacionada al hecho que su aplicación podría derivar en una forma de control de precios.

Nuestra respuesta es negativa. Resulta muy difícil sostener que el control de precios excesivos puede ser considerado como una conducta equivalente a aquellas listadas en el artículo 5, en la medida en que ellas son básicamente conductas de naturaleza exclusoria. Y si bien una forma de conducta explotativa se encuentra listada en el literal c) (la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de los contratos), ella es expresamente mencionada. Y de la misma manera se habría procedido con el control de precios excesivos si se hubiera pretendido incluirla como conducta sancionable en la norma.

Por ello, considerando las raíces y el espíritu de nuestra norma de competencia, la forma en que ha sido modificada y aplicada a través de los años, y la falta de una norma específica que permita el control de precios excesivos, podemos concluir que dicha conducta no se encuentra proscrita en nuestro sistema de competencia, basado en lo prescrito en el Decreto Legislativo N° 701.

En la segunda parte de este análisis legal veremos si el control de precios excesivos podría ser considerado como una forma de fijación de precios y si ello estaría de acuerdo con lo establecido en la Constitución y el Decreto Legislativo N° 757.

¿Es el control de precios excesivos una forma de control de precios? Quizás no de manera directa, pero definitivamente lo es de manera indirecta. Si el INDECOPI determina que un precio es abusivo, está restringiendo la posibilidad de que los precios sean establecidos libremente por los actores del mercado. Desde nuestro punto de vista, esa es una forma de controlar precios.

En el aspecto constitucional, el artículo 61<sup>164</sup> de la Carta Magna señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia. De otro lado, la libertad contractual se encuentra garantizada por el artículo 62<sup>165</sup> de la Constitución, el cual señala, entre otras cosas, que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u

---

<sup>164</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 61°. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)

<sup>165</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 62°. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)

otras disposiciones de cualquier clase. Obviamente, los precios están considerados también como términos contractuales.

Además de ello, el artículo 58<sup>166</sup> de la Constitución afirma que la iniciativa privada es libre y ejercida en una economía social de mercado. A través de este artículo, la Constitución garantiza un libre mercado donde todos pueden establecer un negocio o prestar un servicio.

En el terreno legal, el artículo 4<sup>167</sup> del Decreto Legislativo N° 757 señala que en el Perú se encuentra prohibido fijar precios administrativamente. Así, todo precio deberá ser determinado por las fuerzas del mercado, a menos que se trate de un servicio público regulado.

Tal como se puede verificar en las normas referidas, y como el profesor Diez Canseco afirma, la imposibilidad estatal de fijar los precios de los productos y servicios que se comercian en el mercado ha sido establecida clara, expresa e inequívocamente<sup>168</sup>. La imposibilidad por parte del Estado para fijar precios de productos y servicios ofrecidos en el mercado ha sido establecida de manera clara, expresa e inequívoca. El control de precios atentaría contra la propiedad privada, la libertad contractual y la libertad empresarial, que son protegidas de manera expresa por la Constitución y otras leyes. En ese sentido, tanto la intervención directa como indirecta para controlar, fijar o determinar precios de bienes y servicios en el mercado se encuentra prohibida, con la excepción relacionada con los servicios públicos.

¿Pero es necesario llegar tan lejos en el análisis legal? ¿Se requerían complejas interpretaciones de la norma de competencia para encontrar una respuesta a la pregunta? ¿Ya no se encuentra nuestra Constitución desarrollada en algunas normas que resuelven el problema de manera clara? De hecho, consideramos que sí. El Tribunal debería haber tomado en cuenta que el tema ya había sido salvado por la legislación con la expedición del Decreto Legislativo N° 757. Inclusive si el

---

<sup>166</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 58°. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

<sup>167</sup> Decreto Legislativo N° 757. La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y 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.

<sup>168</sup> Diez Canseco y Pasquel (2004).

Tribunal del INDECOPI considerara que nuestra norma de competencia permite la fijación de precios, habría debido admitir que ello ya no sería posible en la medida en que el Decreto Legislativo N° 757 es una norma más reciente.

En conclusión, resulta válido señalar que el marco legal peruano puede ser debidamente interpretado como uno que no permite la condena de los precios excesivos en modo alguno –tal como en primera instancia la Comisión de Libre Competencia de la institución declaró en el presente caso–<sup>169</sup>.

### **3.3. ¿Resulta conveniente mantener el criterio adoptado en el caso AFP en el Perú?**

Habiéndose completado el análisis legal, la pregunta pendiente de ser discutida tiene que ver con la conveniencia para el sistema de competencia peruano de modificar no sólo los Decretos Legislativos N° 701 y N° 757, sino también la Constitución, a fin de permitir al INDECOPI considerar el establecimiento de precios excesivos como una forma de abuso de posición de dominio.

Existen importantes razones que nos llevan a pensar que la condena de precios excesivos no sería una política apropiada. La primera tiene que ver con la vaguedad del argumento relacionado con la “herencia legal europea”. El segundo proviene del análisis desarrollado a través de las dos primeras secciones del presente trabajo y se relaciona con la forma en que dicha política ha fracasado a través de los años en Europa. Otras razones provienen precisamente de dicha experiencia, en la medida en que muestra las dificultades y riesgos relacionados con la aplicación del control de precios excesivos. Finalmente, algunas características específicas de nuestro país y nuestro aún incipiente libre mercado hacen inclusive más complicada la aplicación de dicha política en el Perú de lo que podría ser en Europa.

#### **3.3.1. El argumento de la herencia legal europea**

Consideramos que el argumento esgrimido por el Tribunal del INDECOPI, con relación a que el control de los precios excesivos en el Perú se explicaría por nuestra especie de herencia legal europea en materia de derecho de la competencia, carece de mayor fundamento. Tal como afirma Diez Canseco<sup>170</sup>, dicho argumento desconoce no sólo la historia de dicho concepto legal en Europa, sino también el

---

<sup>169</sup> Resolución N° 054-2003-INDECOPI/CLC.

<sup>170</sup> Diez Canseco y Pasquel (2005).

contexto político vinculado con su aplicación y el fracaso mostrado a través de la jurisprudencia.

Al respecto, el Tribunal comete dos errores. El primero consiste en pasar por alto el desarrollo que el control de precios excesivos ha tenido en la jurisprudencia europea. Es ampliamente admitido que las decisiones de la Corte Europea de Justicia han sido, en muchas ocasiones, arbitrarias, no muy lógicas y carentes de predictibilidad<sup>171</sup>. El segundo error consiste en no considerar que el control de precios excesivos fue incorporado en el Tratado de Roma debido a una serie de circunstancias relacionadas con el proceso de integración europea y del específico desarrollo histórico de la región<sup>172</sup>. Es ampliamente reconocido que la aplicación de los conceptos legales contenidos en el artículo 82 del Tratado de Roma básicamente tiene sentido en el contexto de la búsqueda de una progresiva unificación de Europa occidental<sup>173</sup>.

Esto es de gran importancia por cuanto la norma peruana de competencia no persigue objetivos similares a la integración regional económica o el acercamiento en las relaciones interestatales, por lo que conceptos legales como “precios excesivos” están completamente fuera de contexto jurídico, más allá de que están también desfasados desde una perspectiva teórica e ideológica<sup>174</sup>.

Tal como lo señaláramos en la segunda sección del presente trabajo, en la Unión Europea la consideración general es que la presencia de un competidor dominante es de antemano perniciosa. Sin embargo, en el Perú no tenemos una consideración similar, pues la posición de dominio en sí no se encuentra proscrita. De hecho, el sistema de competencia peruano ha sido mucho más escéptico con relación a la intervención estatal que muchos miembros de la familia del derecho de la competencia europeo.

---

<sup>171</sup> Loc. cit.

<sup>172</sup> La idea de sancionar los “precios abusivos” apareció en Europa como una forma de afrontar la inflación dejada por las guerras. Luego de la Gran Depresión de 1929, las ideas keynesianas de intervenir de manera decidida en la economía para mejorar el bienestar general ganaron fuerza –una de las cuales era establecer precios a “niveles razonables”–. Sin embargo, cuando la comunidad internacional se dio cuenta de los grandes errores del keynesianismo, la persecución de los precios abusivos perdió soporte ideológico. Ver: Diez Canseco y Pasquel (2004).

<sup>173</sup> Rodger, Barry. “The Oligopoly Problem and the Concept of Collective Dominance: EC Developments in the light of US Trends in Antitrust Law and Policy”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 2, N° 1, Fall/Winter 1995/96. p. 36. Citado por Diez Canseco y Pasquel (2005).

<sup>174</sup> Diez Canseco y Pasquel (2005).

### 3.3.2. La medida ha fracasado rotundamente en Europa

La segunda razón para no sancionar la fijación de precios excesivos es que, a pesar de que la norma de competencia europea contiene una disposición que permite sancionar la imposición de precios excesivos o abusivos, la idea ya ha fracasado, tal como hemos podido observar a través de los distintos casos analizados en la sección segunda del presente trabajo. Ello debido a la falta de sustento ideológico y técnico, así como de la incapacidad de la Corte Europea de Justicia para desarrollar una regla clara a aplicarse.

De hecho la jurisprudencia europea ha fracasado en su intento de establecer un criterio claro y predecible con relación a cuando un precio resulta abusivo. Más aún, ello ha generado que la Comisión no se aventure fácilmente a usar dicho concepto legal, sino más bien a tratar de resolver los casos mediante la imposición de sanciones usando otros conceptos legales de más fácil aceptación, que no sólo son más claros sino además menos controvertidos, tales como la discriminación de precios. Por ejemplo, en casos donde el competidor dominante goza de un monopolio, la Comisión se ha preocupado más por la libre circulación de bienes que de la explotación de los consumidores y sus ineficiencias distributivas.

La Corte no ha logrado determinar en qué consiste un precio “competitivo” en la práctica, toda vez que la competencia es raramente estática y las industrias suelen exhibir importantes economías de escala y ámbito. Tanto el uso de *benchmarks* de ganancias como el de *benchmarks* de precio-costo (en lugar del primero) han fracasado, dados los considerables problemas conceptuales y de cálculo al estimar dichas variables. Además de ello, tal como fuera mencionado en la sección segunda, resulta muy complicado afirmar cuándo se está frente a un caso de estos y calcular cuánto de las ganancias –y en consecuencia, cuánto de los precios– provienen del monopolio en lugar de las tácticas competitivas<sup>175</sup>.

Por otro lado, una razón adicional esgrimida por Gabriel Dara<sup>176</sup> a fin de explicar la tímida actitud de la Comisión para imponer sanciones relacionadas con

<sup>175</sup> “cuando la comunidad internacional empieza a dejar de lado las ideas de la escuela de Keynes y advierte los graves efectos económicos de sus propuestas y de las populares medidas socialistas, la sanción al establecimiento de los precios excesivos deja de tener un respaldo teórico-conceptual en el que apoyarse. Ello –sumado a lo difícil que es su aplicación práctica– explica en buena cuenta lo tímidas que han sido las cortes europeas para utilizar esta figura”. En: Diez Canseco y Pasquel (2004).

<sup>176</sup> Dara, Gabriel. Op. cit. En: Diez Canseco y Pasquel (2005).

la imposición de precios excesivos es que cuando el Tratado de Roma fue suscrito –y por varios años más en adelante– los precios estuvieron regulados en varios mercados europeos. En ese sentido, no resultaba posible que las compañías que operaban en dichos mercados fijaran “precios excesivos”.

En ese sentido, resulta válido afirmar que la aplicación del concepto legal de “precios excesivos” ha fracasado rotundamente en Europa. La vaguedad de su desarrollo, su falta de soporte técnico, político, económico e ideológico, así como las serias críticas que ha tenido que soportar, han determinado que muchos afirmen que la inexistencia de este concepto en el derecho *antitrust* estadounidenses es una de las razones que hace a dicho sistema no sólo más predecible, sino también más conveniente<sup>177</sup>.

### 3.3.3. El problema de la impredecibilidad en una economía abierta

La razón más importante para descartar el uso del concepto de “precios excesivos” es que no existe un criterio definido para establecer cuándo un precio resulta excesivo. Y ello debería ser suficiente razón<sup>178</sup>. Pero lo antedicho suma un problema más a la ya difícil situación, y es el relacionado con la falta de predictibilidad. Ella resulta muy peligrosa para cualquier mercado libre en la medida en que genera ineficiencias, desincentiva la inversión y la generación de empleo. Como es obvio, al tratarse de un país en desarrollo, el Perú tiene un interés particular en atraer nuevas inversiones, objetivo que no se condice con políticas de carácter intervencionista como el control de precios.

Ya hemos señalado que las reglas son más eficientes cuando las consecuencias de las conductas son fácilmente predecibles considerando la regla correspondiente. Así, la falta de precisión en una regla o política de precios excesivos no permite que los competidores que gozan de posición de dominio tengan un ambiente de certeza al momento de decidir sus políticas de precios.

Con relación a esto, Bullard<sup>179</sup> afirma que el control de precios excesivos es incluso peor en un mercado libre que en una economía expresamente regulada.

---

<sup>177</sup> Jebsen, P., y R. Stevens (1996). “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition under Article 86 of the European Union”, *Antitrust Law Journal*, 64 (3), pp. 505-506. Citado por Diez Canseco y Pasquel (2005).

<sup>178</sup> Diez Canseco y Pasquel (2005).

<sup>179</sup> Bullard (2004), p. 5.

Señala que al menos con un sistema de control de precios resulta posible saber qué precio está permitido de ser fijado. En cambio, con el criterio adoptado por el Tribunal del INDECOPI en el caso AFP no resulta posible saber qué precio puede ser considerado como abusivo.

En ese sentido, frente a normas que restringen las actividades económicas de las compañías, la arbitrariedad es aún más peligrosa. Dichas circunstancias afectan la confianza en un marco institucional que debería generar predictibilidad en el mercado y asimismo ahuyentan la tan necesaria inversión.

### **3.3.4. La eliminación del lado positivo de los precios excesivos en una economía abierta**

La protección del consumidor en la legislación de competencia se logra a través de la protección del sistema competitivo, no mediante su sustitución<sup>180</sup>. En ese sentido, el Tribunal del INDECOPI que resolvió el caso AFP no comprendió que es precisamente la subida de los precios lo que incentiva que se genere más competencia, en la medida en que promueve la entrada de nuevos competidores.

Si un operador dominante eleva sus precios, otros competidores potenciales verán dicha situación como una buena oportunidad para penetrar en el mercado y tratarán de obtener ventaja de la situación, generando más competencia que también trae consigo mayor bienestar para los consumidores. Ahora, si nos encontramos frente a una barrera legal a la entrada, resulta mucho más adecuado eliminarla a través de la legislación, en la medida en que dichas barreras por definición no pueden ser atacadas por las fuerzas del mercado directamente. Esa es la forma en que el sistema de competencia funciona y deberemos respetarla si en realidad creemos en la competencia. Si no mostramos confianza en el sistema, éste no logrará su consolidación.

### **3.3.5. De ser así, la agencia de competencia no sería la encargada de controlar y establecer precios**

Si fuera el caso, la autoridad encargada de regular los precios sería un organismo regulador, no el INDECOPI que, como se sabe, es una agencia garante del proceso de competencia y no promotora de la regulación. Esta entidad no cuenta con la especialización técnica ni la capacidad operativa para regular y monitorear de forma

---

<sup>180</sup> Loc. cit.

constante a todos los mercados que el Tribunal decida intervenir por fijar precios abusivos<sup>181</sup>. Una agencia de competencia –a diferencia de un organismo regulador– no tiene el conocimiento especializado de los sectores a ser investigados. De hecho, en varias ocasiones, la Comisión Europea se ha amparado tanto como le fue posible en los organismos reguladores de los países miembros de la UE.

La determinación, *inter alia*, de los costos de la compañía, la tasa de retorno y el factor de productividad o factor  $x$  (en caso se utilice una regulación basada en incentivos) son objetivos que sólo pueden ser logrados adecuadamente por un organismo regulador y, de hecho, esa es la situación en los mercados regulados en el Perú como la telefonía fija, energía, etc. ¿Debemos utilizar recursos en formar un equipo especializado de profesionales que controlen los precios excesivos en mercados no regulados desde el INDECOPI? No lo creemos. Será mucho más costoso construir dicho equipo que los supuestos beneficios obtenidos a partir de su trabajo.

### 3.3.6. El costo de los errores

Existe un gran riesgo de que el INDECOPI cometa errores al determinar el precio máximo autorizado debido a la gran dificultad para fijar el precio que habría en un mercado competitivo y la ya mencionada falta de un equipo especializado para llevar a cabo dicha labor.

Dichos errores serían básicamente de los llamados de tipo I, consistentes en abusos erróneamente sancionados. Esta clase de errores son incluso peores que aquellos de tipo II (abusos erróneamente no sancionados) y resultan muy costosos, algo para nada conveniente en un país en desarrollo como el Perú. Por lo tanto, si las ganancias son mantenidas bajas de manera artificial, se reducen los incentivos para la inversión e innovación, con la consecuente afectación de los consumidores.

De hecho, los errores son costosos y generan un desperdicio de recursos, que tienen un peligroso efecto de desincentivo para las inversiones. El Perú es un país que no puede desperdiciar sus escasos recursos de manera poco eficiente y, por el contrario, debería orientar su uso para combatir los problemas de acceso a mercados con barreras de entrada, por ejemplo. Consideramos que lo realmente injusto es tener y mantener dichas barreras a la entrada, no los precios supuestamente excesivos.

---

<sup>181</sup> Díez Canseco y Pasquel (2005).

Más allá de los argumentos utilizados por el Tribunal, parece ser que su preocupación principal estuvo centrada en aspectos distributivos y transferencias de riqueza. Pero el control de precios excesivos no parece ser la mejor manera de lograr dichos objetivos.

Ya ha sido señalado por el profesor Guido Calabresi, al hacer referencia a la justicia, que en un mundo de recursos escasos desperdiciar es injusto. El Perú no puede darse el lujo de desperdiciar sus escasos recursos de manera irresponsable.

Por todo lo señalado, somos de la opinión que una nueva regulación que considere la posibilidad de controlar los precios excesivos no resulta conveniente para el sistema peruano de competencia y que, por el contrario, debemos usar una regla de legalidad *per se*, bajo la cual no exista precio que pueda ser considerado abusivo o excesivo, toda vez que la habilidad de la autoridad de competencia y jueces para distinguir entre precios eficientes (justos) e ineficientes (abusivos) es, en la práctica, muy baja.

Con relación a la posibilidad de considerar un criterio intervencionista bajo “circunstancias excepcionales”, como fuera sugerido por Motta y de Streel, Evans y Padilla, y Katsoulacos, somos de la opinión que ello quizás pueda funcionar en Europa, pero el riesgo que puede generar en el Perú abrir una puerta como esa para la agencia de competencia es muy peligroso. Una serie de características específicas de nuestro país, como los periodos de inestabilidad política, el riesgo de captura de las instituciones y la juventud de nuestro libre mercado, hacen la medida mucho más riesgosa en el Perú que en Europa. En dichos casos, consideramos que sería mejor apoyarse en la regulación *ex ante*, estableciendo organismos reguladores que estarán en mucha mejor capacidad de monitorear el cumplimiento de las normas correspondientes con mayor información y conocimiento sobre las características del mercado a su cargo.

### **3.4. ¿Nuevos aires?**

Pero parecería que no hay mal que dure tres años (al menos en el derecho de competencia peruano) ni institución que lo resista, pues el INDECOPI, al menos desde su primera instancia en materia de libre competencia, parece estar decidido a enrumbar el camino y la emisión de la Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC de fecha 14 de setiembre de 2007, en el caso Consettur, representa un saludable esfuerzo en aras de lograr dicho objetivo.

La Comisión de Libre Competencia ha declarado dicha resolución como precedente de observancia obligatoria señalando, principalmente, lo siguiente:

- Que el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 757, en concordancia con el régimen constitucional económico, el marco legal vigente y el objetivo de la política de competencia, impide a la Comisión sancionar supuestos de precios “excesivos” o “abusivos”, pues aquello implicaría atentar contra la prohibición de la fijación administrativa de precios que proscribió dicho dispositivo legal.
- Que de acuerdo a los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo N° 701, conforme a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico peruano y el objetivo de la política de competencia, las modalidades de abuso de posición de dominio deben producir necesariamente un efecto de exclusión de competidores o impedir su ingreso al mercado y, por lo tanto, afectar actual o potencialmente el proceso competitivo para ser consideradas infracciones sancionables por las normas de libre competencia.
- Que para sancionar un supuesto de abuso de posición de dominio deben presentarse los siguientes requisitos: la tenencia de posición de dominio, la actuación indebida que produce un efecto de exclusión y afecta actual o potencialmente la competencia, el fin de obtener beneficios, el fin de causar perjuicios, y la imposibilidad de lograr el resultado obtenido de no existir posición de dominio.

En gran resumen, la Comisión considera que no hay práctica explotativa sancionable de acuerdo con nuestro ordenamiento. Es decir, no sólo la imposición de precios excesivos no sería sancionable, sino tampoco cualquier conducta de un competidor dominante que no tenga por efecto excluir competidores. Parecería, entonces, que ello limita la interpretación que originalmente teníamos del literal c) del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, referido a la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de los contratos, pues de ahora en adelante dicha conducta sólo será sancionable en caso el contrato no se perfeccione con consumidores finales, sino con otros competidores, ya sea en un mercado *upstream* o *downstream*. Nos da la impresión de que en dicho caso se podría hacer una excepción y mantener la posibilidad de sancionar esa conducta cuando está orientada también a explotar al consumidor. Sus marcadas diferencias con los “precios excesivos” hace evidente la necesidad de un tratamiento diferenciado. Pero más allá de dicho

aspecto que nos parece perfectible, el criterio general desarrollado en la resolución resulta gratificante.

La Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC ya ha sido apelada y se encuentra en manos de la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI decidir si el enfoque aportado por la Comisión a través del referido precedente es el que queremos seguir para fortalecer nuestro sistema competitivo o si, por el contrario, se desea mantener el criterio intervencionista de la resolución emitida en el caso AFP que, como hemos visto, resulta negativo desde todo punto de vista. Esperamos, no con pocas ansias, el devenir de los hechos.

## Referencias

- AREEDA P.E. and H. HOVENKAMP (1996). *Antitrust Law*. Little Brown and Co., Vol.III revised. Ed., p. 720.
- BISHOP, S. y M. WALTER (1999). *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. Londres, Sweet & Maxwell.
- BULLARD, A. (2004). “La resolución adúltera”. En: *Legal Express*. Lima, v.4 (43): p. 5 julio, 2004.
- CRANDALL, R. y J.H. ALLEMAN (eds). *Broadband*. Washington, D.C.: AEI-Brookings, 2002.
- DARA, G. “Antitrust Law in the European Community and the United States: A Comparative Analysis”. *The Louisiana Law Review*, 47, p. 764.
- DIEZ CANSECO, L. y E. PASQUEL (2005). “El excesivo precio de una resolución impredecible: A propósito del caso de las AFP”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia, Especial*.
- DIEZ CANSECO, L. y E. PASQUEL (2004). “Precios excesivos: una mirada a la luz del derecho comparado”. En: *Revista Advocatus*. Universidad de Lima, N° 10.
- ELHAUGE, E. y D. GERADIN (2007). *Global Competition Law and Economics*. Oxford, Hart Publishing.
- ESTEVA-MOSSO, C. y S. RYAN (1999). “Article 82-Abuse of Dominant Position”, En: J. Faull and A. Nikpay (eds) *The EC Law of Competition* (Oxford: Oxford University Press, 1999).
- EVANS, D. y A. PADILLA (2005). “Excessive Prices: Using Economics To Define Administrable Legal Rules”, En: *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, March, 1: 97-122.
- FAULL, J. y A. NIKPAY (1999). *The EC Law of Competition*. Oxford, Oxford University Press.

- FOX, E.M. "Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness". En: Notre Dame Law Review 61, pp. 983 and 985.
- FURSE, M. (2004). Competition Law of the EC and UK. Oxford, Oxford University Press, Fourth edition.
- GOYDER, D.G. (2003). EC Competition Law. Oxford, Oxford University Press.
- HAAG, M. and R. KLOTZ (1998). "Commission Practice concerning excessive pricing in Telecommunications". En: Competition Policy Newsletter 2, 1998, p. 38; y Martinez M. "Some views on pricing and EC Competition Policy", Discurso del 7/12/1998 disponible en: [http://www.europa.eu.int\(comm/competition/speeches/](http://www.europa.eu.int(comm/competition/speeches/).
- HAWK, B. (editor). Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute. 1992 and EEC/U.S. Competition and Trade Law. New York, Transnational Juris Publications, Inc., 1990.
- HORDIJK, E.P. (2002). Excessive Pricing Under EC Competition Law: An update in the light of 'Dutch Developments', en B. Hawk (ed), Fordham Corporate Law Institute.
- HYLTON, K.N. (2003). Antitrust Law, Economic Theory and Common Law Evolution. Cambridge: Cambridge University Press.
- JEBSSEN, P. y R. STEVENS (1996). "Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition under Article 86 of the European Union", Antitrust Law Journal, 64 (3).
- JOLIET, R. (1970). Monopolization and Abuse of Dominant Position. Liege, Faculté De Droit De L'Université De Liège.
- JONES, A. y B. SUFRIN. EC Competition Law. Text, Cases, and Materials. Oxford, Oxford University Press.
- KATSOULACOS, Y. (2006). "Exploitative Practices in Article 82". En: <http://www.cresse.info/uploadfiles/Exploitative%20Practices%20in%20Article%2082.pdf>. Última visita: 11/7/07, a las 19:08 horas.
- LATRÉMOLIÈRE, F. "US price gouging and EC Competition Law viewpoint". En: [http://www.reckon.co.uk/open/US\\_price\\_gouging\\_and\\_EC\\_competition\\_law\\_%7C\\_viewpoint:\\_Franck](http://www.reckon.co.uk/open/US_price_gouging_and_EC_competition_law_%7C_viewpoint:_Franck). Última visita: 13/7/07, a las 16:37 horas.
- MONTI, M. (2003). Introductory Statement by Mario Monti. En: European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position? Oregon, Hart Publishing. Editado por Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu, pp. xxiv-xxv.
- MOTTA, M. y A. DE STREEL (2003). "Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law".

En: <http://www.iue.it/Personal/Motta/Papers/ExcessivePrices18122003.pdf>. Última visita: 10/7/07, a las 14:45 horas.

POSNER, R. (2001). *Antitrust Law*. Chicago, The University of Chicago Press. Segunda edición.

POSNER, R. (2005). “Should Price Gouging in the Aftermath of Catastrophes Be Punished?”, 23 de octubre de 2005. En: [http://www.becker-posner-blog.com/archives/2005/10/should\\_price\\_go.html](http://www.becker-posner-blog.com/archives/2005/10/should_price_go.html). Última visita: 13/7/07, a las 16:35 horas.

RODGER, B. “The Oligopoly Problem and the Concept of Collective Dominance: EC Developments in the light of US Trends in Antitrust Law and Policy”. *Columbia Journal of European Law*. Vol. 2, Nº 1, Fall/Winter 1995/96.

WOODS Jr., T. (2002). “The Non-Crime of Price Gouging”. En: [http://www.mises.org/freemarket\\_detail.asp?control=417&sortorder=articledate](http://www.mises.org/freemarket_detail.asp?control=417&sortorder=articledate). Última visita: 13/7/07, a las 16:21 horas.

Páginas web consultadas:

- <http://www.mises.org/>.
- [http://www.twobirds.com/english/publications/articles/The\\_Interpay\\_Decision.cfm](http://www.twobirds.com/english/publications/articles/The_Interpay_Decision.cfm).
- <http://www.investopedia.com/terms/w/wacc.asp>.
- [http://www.nmanet.nl/engels/home/news\\_and\\_publications/news\\_and\\_press\\_releases/2005/nma\\_reviews\\_fines\\_imposed\\_on\\_banks\\_and\\_interpay.asp](http://www.nmanet.nl/engels/home/news_and_publications/news_and_press_releases/2005/nma_reviews_fines_imposed_on_banks_and_interpay.asp).