

RETOS Y DESAFÍOS EN LA APLICACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN EL PERÚ

HEBERT TASSANO VELAUCHAGA♦

Resumen

El presente artículo hace una revisión de los aspectos más relevantes asociados a la labor del INDECOPI en materia de políticas antitrust durante la última década, y propone algunas líneas generales de política para los próximos años. Entre los principales retos que deberá enfrentar la institución se ha considerado la necesidad de mostrar una mayor proactividad y una mayor difusión de casos emblemáticos a la ciudadanía, ser el articulador de los grandes debates normativos vinculados con políticas de competencia, una mayor focalización en la atención de posibles prácticas anticompetitivas en el interior del país a través de la descentralización, el fortalecimiento del rol de la asociaciones de consumidores en la detección de casos, así como su colaboración con el INDECOPI y dotar a la Comisión de Libre Competencia y la Sala de Defensa de la Competencia de más recursos materiales y personal altamente calificado. Asimismo, se destaca la necesidad de tener una mayor presencia en foros internacionales a fin poder atraer más cooperación técnica, así como el intercambio de experiencias, a fin que el INDECOPI gane mayor eficiencia en el cumplimiento de sus funciones.

I. Introducción

Durante la década del noventa, como parte de la agenda marcada por el denominado Consenso de Washington¹, la mayoría de países de la región emprendió un conjunto de reformas tendientes a la liberalización de los mercados, la apertura

♦ Presidente del INDECOPI. Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, *Master en Regulación de Servicios Públicos* en la UPC y el IEDE Business School, Universidad Europea de Madrid.

¹ Para una reseña del conjunto de ideas y recetas de política que suele identificar dentro del Consenso de Washington, véase Williamson, John, “A Short History of the Washington Consensus”, disponible en: <http://www.iie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf> (Fecha de visita: 12.12.2011).

comercial y de reducción de la presencia del Estado en la economía. Esta tendencia hacia la apertura de los mercados, producto de los procesos de liberalización, implicó por un lado, el repliegue de la presencia estatal en la mayoría de sectores económicos privilegiando el rol de la empresa privada dentro de la actividad productiva, mientras que por otro lado, exigió que los Estados diseñen un nuevo marco institucional.

Dentro del referido contexto, nuestro país no ha sido ajeno a esta tendencia, y en la década de los noventa del siglo pasado, introdujo un marco institucional plasmado en el régimen económico de la vigente Constitución Política del Perú, cuyo objetivo principal fue la promoción de la competencia en los mercados². Dentro de esa línea, en el año 1992, se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI)³, organismo con autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa, al cual se le asignaron un conjunto de funciones relacionadas a la protección del mercado “*de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia (...), así como de las prácticas que generan competencia desleal, y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores*”⁴, entre otras funciones.

Ahora bien, se debe advertir que la introducción de reformas promotoras del mercado, en la mayoría de economías con corta tradición de competencia como la peruana, ha constituido un proceso complejo que ha requerido no sólo el cambio en las reglas formales que rigen el comportamiento de los agentes económicos, sino la promoción de nuevos paradigmas de comportamiento empresarial y de consumidor.

² En el caso de sectores de servicios públicos con características de monopolio natural o que se desarrollan en infraestructuras de red, se crearon organismos especializados encargados de velar, entre otros aspectos, por el cumplimiento de compromisos contractuales asumidos por los operadores, así como el establecimiento de regulaciones específicas que garanticen la eficiencia y calidad en la prestación de los servicios. Para una breve revisión del proceso de reformas registrado en el Perú, véase Cáceres A. y Ruiz G., “El nuevo marco de Competencia y Comercio Exterior en el Perú”, Boletín Latinoamericano de Competencia, N° 3, marzo, Lima, 1998.

³ Al respecto, véase el Decreto Ley N°25868 “Ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI”, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 24 de noviembre de 1992.

⁴ Al respecto, véase el artículo 2° del Decreto Ley N° 25868 “Ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI”.

En ese sentido, transcurridos 19 años desde la introducción de las normas de competencia en el Perú, resulta pertinente hacer un balance y definir el derrotero a seguir durante los próximos años. En particular, consideramos conveniente preguntarnos, qué ajustes deben efectuarse a fin de hacer más eficaces estas políticas traduciéndolas en resultados más concretos para los consumidores, que son en definitiva sus principales beneficiarios.

El presente artículo propone algunas posibles líneas de política de defensa de la competencia para los próximos años, que tengan por objetivo fortalecer el rol del INDECOPI en la promoción de la competencia de los mercados y, mediante ello, impulsar la competitividad de las empresas así como el bienestar de los consumidores.

A continuación, se definen algunos aspectos conceptuales relevantes vinculados a las distintas herramientas con que cuenta la autoridad para promover la competencia; en la siguiente sección se revisan algunos indicadores importantes sobre la evolución reciente de los casos ventilados en la Comisión de Libre Competencia y, finalmente, en base a lo analizado se presentan reflexiones respecto de las prioridades que debería tener la política de competencia durante los próximos años.

II. Aspectos conceptuales

Las políticas de competencia, entendidas en un sentido amplio, consisten en el conjunto de políticas públicas orientadas a garantizar que los beneficios de una economía de mercado se traduzcan en un bienestar efectivo para el consumidor. En tal sentido, la liberalización y apertura de mercados y, en general, las reformas orientadas a remover barreras de acceso al mercado, en tanto contribuyan a fomentar la rivalidad entre empresas y el bienestar del consumidor, pueden ser consideradas parte integrante de las políticas de competencia.

En un segundo nivel, se encuentran las regulaciones específicas orientadas a proteger las buenas prácticas de mercado entre competidores y al consumidor. En ese sentido, mientras las políticas *antitrust* o antimonopolio se orientan a la maximización del bienestar de los consumidores mediante la sanción o prevención de las prácticas restrictivas de la competencia o de abuso de posición de dominio en el mercado, las regulaciones específicas buscan defender los derechos del consumidor a recibir información respecto de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado y de consumir bienes y servicios idóneos. Cabe precisar

que dentro de esta regulación específica, también figura la legislación que protege a los agentes económicos contra las prácticas desleales (competencia desleal) y la publicidad engañosa.

Dentro de esa línea de razonamiento, se puede advertir que las políticas *antitrust* o antimonopolio, forman parte de un cuerpo regulatorio y de políticas públicas más amplio, que se engloba dentro del concepto de políticas de competencia. En el Perú, desde 1992, la aplicación de parte de este cuerpo normativo específico se encuentra a cargo del INDECOPI⁵.

En cuanto a las políticas de libre competencia o *antitrust*, como se ha hecho referencia, éstas tienen por objeto sancionar o prevenir las prácticas restrictivas de la competencia o de abuso de posición de dominio en el mercado. Se consideran prácticas restrictivas a aquellas conductas adoptadas por dos o más empresas que compiten en el mismo mercado con la finalidad de reducir o eliminar la competencia entre las mismas. También se consideran restrictivas aquellas conductas adoptadas por dos o más empresas con la finalidad de excluir del mercado a otros competidores.

En cuanto a las prácticas de abuso de posición dominante, éstas son realizadas por empresas que tienen la capacidad de fijar sus precios o volúmenes de producción con relativa independencia del resto de competidores en un mercado, con el objeto de limitar o eliminar la competencia en un mercado determinado.

Con la finalidad de sancionar o prevenir la realización de las prácticas arriba mencionadas, la legislación de libre competencia suele dotar a las autoridades de competencia de un conjunto de instrumentos para el cumplimiento de sus funciones. Una primera clasificación de dichos instrumentos puede establecerse en función al objeto de la regulación; así, según este criterio, existe el control de conductas empresariales y el control de estructuras. Mientras las primeras se centran en la sanción o disuasión directa de conductas empresariales anticompetitivas, las segundas se centran en la regulación de los niveles de participación y concentración del mercado, como un mecanismo para prevenir conductas anticompetitivas.

Por otro lado, la intervención de la autoridad puede realizarse antes o después de detectada una determinada práctica anticompetitiva. En el primer caso, dicha

⁵ En el caso del sector de telecomunicaciones, desde 1994, se le otorgaron al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) facultades en materia de políticas *antitrust* y competencia desleal.

intervención tiene un carácter preventivo (*ex ante*), mientras en el segundo tienen un carácter correctivo (*ex post*).

En la mayoría de países, los mecanismos de control orientados a prevenir la realización de prácticas de abuso de posición dominante o restrictiva de la competencia se agrupan de acuerdo al esquema del Cuadro N° 1.

Cuadro N° 1
Instrumentos de la Política *Antitrust*

	Control ex ante	Control ex post
Control de Estructuras	Control de concentraciones (notificación previa)	Divestiture (escisión de empresas y venta de activos)
Control de Conductas	Regímenes de autorizaciones previas de conductas	Prácticas restrictivas y abuso de posición de dominio

En el caso del Perú rige actualmente de manera general un régimen de control *ex post* de conductas; sólo en el caso del sector eléctrico, existe un régimen de control de estructuras *ex ante*. Cabe mencionar que en la mayoría de países con legislación *antitrust*, coexisten un control *ex post* de conductas y *ex ante* de estructuras. También en algunos países, la autoridad puede ejercer un control *ex post* de estructuras, obligando, por ejemplo, a una empresa a desprenderse de una parte o de la totalidad de sus activos o a escindirse.

Cabe señalar que existen otros mecanismos posibles de defensa de la competencia como es el caso de las actividades de promoción y difusión (*competition advocacy*) que, en muchos casos, permiten corregir o prevenir ciertas distorsiones a la competencia, sin que medie necesariamente una sanción o la formalización de un procedimiento específico por parte de la autoridad. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la autoridad de competencia emite opinión pública acerca de medidas de política económica, que pueden tener un efecto nocivo sobre la competencia y los consumidores en determinados sectores. En el caso del Perú, este tipo de intervención por parte de la autoridad de competencia ha jugado con frecuencia un rol particularmente importante.

El INDECOPI concentra su labor dentro del ámbito del control *ex post* de conductas anticompetitivas y, de manera excepcional, como se ha hecho referencia, en el sector eléctrico interviene en el mercado a través del control previo de concentraciones. No obstante, como se verá más adelante, su rol no se restringe a estas dos labores sino que existe una agenda importante en materia de promoción y defensa de la competencia que consideramos que aún falta desarrollar, sin dejar de tomar en cuenta otras funciones que también desarrolla, las cuales no son necesariamente objeto de análisis en el presente artículo.

III. Tendencias recientes en la aplicación de la legislación de libre competencia

Durante el período 2000-2011 el INDECOPI, a través de la Comisión de Libre Competencia, ha venido aplicando las normas de competencia a través del inicio de casos de oficio o de parte. Durante el referido período se puede distinguir la vigencia de tres normas importantes que regulan la competencia. La primera norma de promoción de la competencia ha sido el Decreto Legislativo N° 701⁶, “Ley que dispone la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”; la segunda, aprobada en el año 1994, como parte de las reformas introducidas al sector eléctrico, la Ley N° 26876⁷, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Finalmente, cabe mencionar la norma recientemente aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁸.

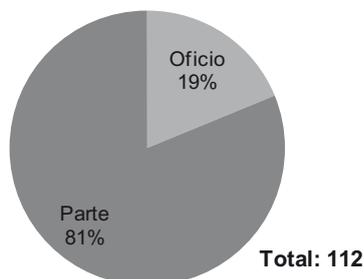
Como se muestra en el Gráfico N° 1, durante el período 2000-2011, la Comisión de Libre Competencia (en adelante, CLC) dio inicio a 112 procedimientos, de los cuales un 19% fueron iniciados de oficio.

⁶ Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 7 de noviembre de 1991.

⁷ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 19 de setiembre de 1997.

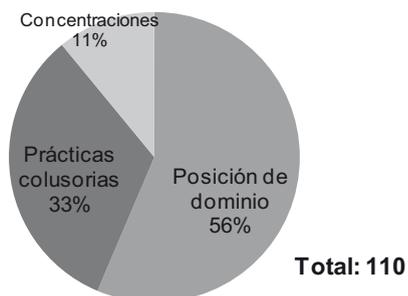
⁸ Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 25 de junio de 2008.

Gráfico N° 1
Casos de Defensa de Libre Competencia
Iniciados 2000 - 2011



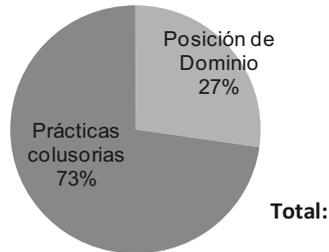
En cuanto a la composición del número de casos resueltos por tipo de práctica, más de la mitad se ha concentrado en denuncias por abuso de posición dominante (56%), mientras que el 33% corresponde a prácticas colusorias y un 11% a procedimientos de control de concentraciones en el sector eléctrico.

Gráfico N° 2
Casos resueltos por tipo de práctica
2000-2011



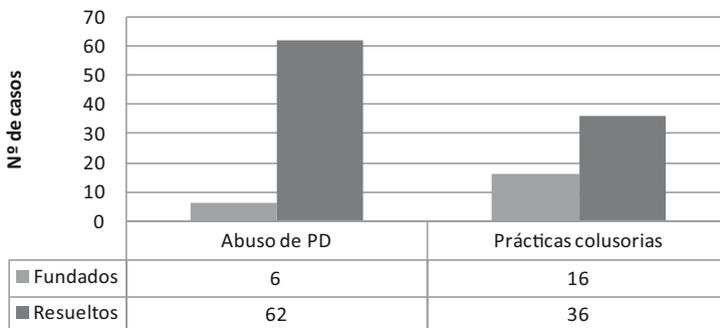
Si bien las denuncias se han enfocado a la investigación de presuntas prácticas de abuso de posición dominante, la mayoría de casos declarados fundados corresponde a prácticas colusorias.

Gráfico N° 3
Casos declarados fundados por la CLC, por tipo de práctica
2000-2011



En efecto, si analizamos el total de casos resueltos durante el período, el 73% de casos declarados fundados corresponde a prácticas colusorias. Ello se puede deber fundamentalmente a dos motivos. El primero, que las conductas colusorias han sido iniciadas en su mayoría producto de investigaciones de oficio, que luego de un exhaustivo análisis preliminar por parte de la Secretaria Técnica dieron lugar al inicio de un procedimiento. El segundo, para la resolución de casos de conductas colusorias, antes del año 2002⁹, la CLC ha venido utilizando la denominada “regla *per se*”, la misma que permite a la autoridad determinar la infracción a las conductas colusorias, a partir de la determinación de la existencia de un acuerdo de precios, cantidades, reparto de mercados, entre otros, sin la necesidad de evaluar la razonabilidad de la conducta o sus efectos en el mercado.

Gráfico N°4
Casos fundados vs resueltos por tipo de práctica



⁹ Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Competencia con fecha 16 de junio de 2003, en los seguidos de oficio por la Comisión de Libre Competencia vs. Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros (Exp. N° 004-2002-CLC).

Dicho resultado se corrobora con lo señalado por el Gráfico N° 4, el mismo que muestra que si bien las denuncias resueltas por abuso de posición dominante (62 casos) ascienden a casi el doble de las correspondientes a prácticas colusorias (36), el número de casos declarados fundados, en el caso de estas últimas, casi triplica al de las primeras. Finalmente, se debe advertir que el 44% de los casos resueltos por concepto de prácticas colusorias fue declarado fundado, cifra sustancialmente mayor al 10% registrado para los casos de abuso de posición dominante.

IV. Retos y Desafíos

Sin duda, durante las últimas dos décadas, tanto las empresas como los consumidores peruanos, han venido atravesando un proceso gradual de aprendizaje y de internalización de las reglas del mercado. Asimismo, desde las distintas esferas de la administración pública también se ha internalizado los beneficios de promover la competencia para la economía y los consumidores en general.

Dentro de este escenario, consideramos que resulta propicio discutir y reflexionar respecto de las políticas que deberían adoptar el Estado y, en particular, la autoridad de competencia, para continuar garantizando el desarrollo de la competencia en nuestros mercados.

A continuación, se hace un listado, no exhaustivo, de posibles líneas de acción:

a. Mayor proactividad y difusión de casos emblemáticos

En un contexto en el que los recursos con que cuenta la autoridad de competencia son escasos, ésta debe concentrar sus esfuerzos en el análisis, monitoreo e investigación de mercados que afecten a grupos significativos de consumidores de diversos sectores, tales como: alimentos, agrícola, medicamentos, servicios de salud, servicios bancarios, entre otros. Ello no implica, en absoluto, dejar de atender el resto de sectores, sino priorizar las actividades de investigación en aquellos sectores en los que la competencia tenga un impacto relativamente mayor sobre el bienestar de los consumidores.

Asimismo, a fin de promover una mayor cultura de la competencia y de las buenas prácticas empresariales, la utilización de ejemplos prácticos a partir de casos emblemáticos constituye un mecanismo poderoso que permite no sólo diseminar y difundir la cultura de la competencia, sino generar incentivos para que las empresas alineen sus conductas con lo que prescribe la Ley.

b. Debate normativo

La Ley N° 1034 de Represión de Conductas Anticompetitivas, ha introducido precisiones y cambios importantes a la legislación de competencia, sin embargo, existen algunos temas que consideramos que en los próximos años, merecerán especial atención.

Uno de ellos, es la necesidad de determinar si se introduce un régimen de control de fusiones. Sobre el particular, existen posiciones encontradas sobre la conveniencia o no de incorporar este mecanismo, e incluso entre quienes se encuentran a favor, no existe consenso respecto de qué características debe tener un sistema como el planteado para el Perú. Consideramos que, ante un escenario en el que se presente el debate respecto de una propuesta normativa, el INDECOPI debe ser el ente que articule dicho debate, buscando preservar la discusión técnica respecto de los costos y beneficios de dicho cambio normativo, así como propiciar la participación de todos los interesados y de profesionales expertos en el tema.

Así como el tema planteado, resulta indudable que existen otros que pueden ser debatidos, tales como la posibilidad de introducir medidas de excepción para las Mypes, como en otros países, en el marco de las políticas de desarrollo industrial. Con frecuencia existen casos en los que la aplicación mecánica o general de determinados conceptos de políticas de competencia, a sectores con características específicas, menos proclives a la formalidad y en los que los comportamientos cooperativos suelen generar beneficios importantes, pueden desincentivar determinado tipo de actividades, como por ejemplo los *clusters*. Sin embargo, esta discusión debe enmarcarse no sólo en el debate sobre la promoción de la competencia, sino en el marco de las políticas industriales de desarrollo e inclusión impulsadas por el Ministerio de la Producción, entre otros organismos.

Otro tema importante, sin dejar de tener en cuenta que existen muchos más, está relacionado con el fortalecimiento de las facultades del INDECOPI en materia de defensa de la competencia; por ejemplo, reforzando las atribuciones de la Comisión de Libre Competencia para emitir informes no vinculantes en materia de regulaciones que puedan afectar la competencia. Un ejemplo de ello es el caso del sector Portuario, donde el INDECOPI emite informes previos sobre la existencia o no de condiciones de competencia, de manera previa a la introducción de una regulación tarifaria. Sin lugar a dudas, en este caso, el rol del INDECOPI resulta importante y podría replicarse para otros sectores; no obstante para ello debe dotársele de los recursos materiales y humanos necesarios, toda vez que dichas

actividades si bien generan un beneficio para la economía en su conjunto, no registran ingresos para el INDECOPI.

c. Descentralización

Del total de casos resueltos por la CLC, durante los últimos años, un número poco significativo ha correspondido a conductas realizadas fuera de Lima. Si bien ello resulta explicable en la medida que la actividad económica se concentra en la capital, también es reflejo de una menor presión fiscalizadora de la autoridad en provincias, máxime si es en el interior del país donde se esperaría que la cultura de mercado esté aún menos diseminada.

En tal sentido, parte de la labor del INDECOPI, consistirá en fortalecer la capacidad investigadora de la CLC a través de las Oficinas Regionales, a fin de lograr más eficacia y eficiencia no sólo en la labor fiscalizadora sino en la promotora de la institución.

d. Fortalecimiento de las asociaciones de consumidores

No cabe duda alguna de que las asociaciones de consumidores son socios estratégicos importantes para el INDECOPI. Ello, en la medida que éstas no sólo se constituyen en agentes que permiten educar y promover la cultura de mercado, sino que pueden coadyuvar a que las investigaciones que realiza la autoridad cuenten con información importante para la resolución de casos. En tal sentido, el empoderamiento de este tipo de organizaciones así como su adecuada capacitación, constituye un elemento fundamental dentro de la estrategia que deberá seguir el INDECOPI a fin de hacer más eficaces y eficientes sus políticas de competencia.

e. Recursos materiales y humanos

Una restricción importante que ha enfrentado la Secretaría Técnica de la Comisión de la CLC del INDECOPI durante los últimos años, ha sido su reducido nivel de recursos materiales y de personal. Dichos recursos, si se comparan con agencias de competencia similares de otros países, resultan significativamente menores, teniendo en cuenta el tamaño relativo de nuestra economía. Durante los próximos años, el INDECOPI deberá redoblar esfuerzos a fin garantizar la asignación de recursos materiales y humanos suficientes a dicha Secretaría, y a partir de ello incrementar el número de investigaciones y casos resueltos por la CLC. El análisis precedente muestra que en promedio la CLC ha resuelto alrededor de 10

casos anuales. Si bien el nivel de complejidad de este tipo de casos es alto y no es comparable con el de otros órganos del INDECOPI, consideramos que un objetivo deseable y posible es ir incrementando gradualmente el nivel de casos resueltos a fin de dar cabal cumplimiento a la misión y objetivos institucionales en esta área.

f. Mayor presencia en foros internacionales

La experiencia de regulación, desregulación y reformas implementadas en el Perú no es única en la región ni en el mundo. Muchos de los casos que se han implementado en el Perú, guardan importantes similitudes con casos vistos en otros países. Ejemplos como la concertación de comisiones para los tickets aéreos, la concertación de precios en la venta de balones de gas, conductas exclusorias en el mercado de cervezas, por mencionar algunos, ilustran la importancia de recurrir a foros internacionales para el intercambio de experiencias.

Durante los últimos años, el Perú ha estado prácticamente ausente o con participaciones muy esporádicas en foros importantes de cooperación en materia de defensa de la competencia como el International Competition Network (ICN) o la Organización de Cooperación para el Desarrollo (OECD). Consideramos que no tener presencia en foros de importancia a nivel internacional, resta al INDECOPI no sólo la posibilidad de beneficiarse con proyectos de asistencia técnica sino con el intercambio de información (doctrina, investigaciones, casuística o jurisprudencia) sumamente útil para la resolución de sus casos. Asimismo, se debe resaltar que el INDECOPI tiene mucho que ofrecer a nivel regional en materia de cooperación, en especial en países de desarrollo que aún no cuentan con normas de competencia (por ejemplo, Bolivia o algunos países de América Central). En tal sentido, no se debe dejar de lado el posicionamiento y liderazgo que puede alcanzar el INDECOPI como institución paradigmática a nivel regional.

V. Reflexiones finales

Tras 19 años de aplicación de las políticas de competencia en el Perú, el INDECOPI enfrenta el reto de acercar más este tipo de políticas a la ciudadanía y hacer más tangibles sus beneficios para los consumidores. Ello pasa no sólo por incrementar y perfeccionar los cuadros técnicos que actualmente laboran en la institución, sino también por comunicar más y mejor las decisiones que adopta la autoridad de competencia, así como fortalecer sus potestades de defensa de la competencia.

Ello además supone brindar mayor soporte y recursos para la Comisión de Libre Competencia para que redoble esfuerzos en el desarrollo de sus actividades. Ahora bien, considerando que los recursos del Estado son escasos, se debe potenciar la relación con socios estratégicos como las asociaciones de consumidores, a fin de que éstos puedan aportar información y apoyar indirectamente la fiscalización del cumplimiento de las normas de competencia

Respecto al tema de defensa de la competencia del INDECOPI, ésta debe ser reforzada en varios frentes. En primer término, la CLC debería potenciar su facultad de emitir informes no vinculantes cuando detecte que determinadas medidas o regulaciones afecten indebidamente las condiciones de competencia.

Finalmente, consideramos que el fortalecimiento de la competencia debe considerarse un objetivo transversal de política del Estado peruano, que atraviese todos los sectores de la administración pública. Ello exige del INDECOPI un liderazgo a fin de involucrar a los diversos estamentos del Estado (ministerios, gobiernos regionales y locales) en dichas políticas, a través de programas de capacitación, difusión, talleres, entre otros mecanismos. Sólo con funcionarios públicos mejor capacitados y más conscientes de la importancia de promover la competencia en nuestra economía, crearemos condiciones que permitan que la competencia se traduzca en beneficios concretos para los consumidores.

Referencias

CÁCERES Armando y RUIZ Gonzalo (1998). *El Nuevo Marco de Competencia y Comercio Exterior en el Perú*. Lima: Boletín Latinoamericano de Competencia, marzo, N° 3.

WILLIAMSON, John (2004). *A Short History of the Washington Consensus*. En: (<http://www.iie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>) (Fecha de visita: 21.11.11).