

EL OBJETIVO DE LA LEY DE COMPETENCIA PERUANA Y LA INTERPRETACIÓN DE LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS

EDUARDO QUINTANA SÁNCHEZ[♦]

Resumen

Este trabajo contextualiza el objetivo de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo 1034 (en adelante DL 1034), no sólo dentro de las tendencias que ha marcado en el tiempo el objetivo de las políticas de competencia a nivel mundial, sino a través del análisis de la terminología utilizada por la ley peruana según los conceptos económicos empleados en el texto legal. Como resultado de ello se identifican aspectos imprecisos que deben ser completados por la jurisprudencia para dar consistencia al objetivo de la norma, en particular en lo que respecta a la eficiencia económica y al bienestar del consumidor. Asimismo, se plantea cómo pueden ser interpretadas las prohibiciones sujetas a prohibición relativa, en las que se requiere evaluar los efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor, en función del concepto de eficiencia económica que se tenga en cuenta. Finalmente, se señalan las limitaciones que enfrentará la autoridad en la interpretación del objetivo de eficiencia económica previsto en la norma, al comparar los efectos negativos (restricción de la competencia) y positivos (eficiencias) que son consecuencia de las conductas empresariales.

I. Introducción

Un grupo de empresas competidoras puede unirse (o incluso fusionarse) para realizar conjuntamente, con inversiones y aportes de conocimiento, actividades de investigación y desarrollo destinadas a crear nuevos o más avanzados productos que cubran las expectativas y necesidades de sus consumidores. Sin duda, la innovación

[♦] Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Regulación de Servicios Públicos de la London School of Economics and Political Science. Profesor de Facultades de Derecho y Programas de Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad ESAN y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Santiváñez Abogados.

creada conjuntamente beneficia a los consumidores, pero también involucra una restricción de la competencia. Las referidas empresas podrían investigar y desarrollar los productos que requieren los consumidores de forma independiente, es decir, podrían competir más agresivamente buscando innovar por su propia cuenta y ganarse así la preferencia de los consumidores.

Una empresa de supermercados con varias sedes, que compite con tiendas de abarrotes, puede obtener mejores condiciones de venta de los proveedores (descuentos por volumen, mayores plazos de pago, etc.) que las que logran sus competidores. Con ello, se reducen los costos del proceso de comercialización de la empresa de supermercados, por lo que tiene la oportunidad de trasladar parte de los beneficios a los consumidores, a través de mejores condiciones de venta que las que ofrecerían sus competidores. No cabe duda de que esta situación beneficia a los consumidores, pero también va mermando la capacidad competitiva de las tiendas de abarrotes y, a la larga, puede acabar sacándolas del mercado.

El acuerdo de empresas competidoras para innovar en conjunto, pese a tener la oportunidad de hacerlo independientemente y con ello competir, podría cuestionarse como una práctica colusoria horizontal prohibida por el DL 1034. De igual modo, la política comercial de los proveedores de la empresa de supermercados y de las tiendas de abarrotes podría cuestionarse como discriminatoria y, por ende, como una práctica colusoria vertical o como un acto de abuso de posición de dominio, prohibidos por el DL 1034. En general, muchas estrategias y decisiones empresariales pueden ser denunciadas como prácticas anticompetitivas, aunque produzcan innovación (eficiencia dinámica) y producción al menor costo (eficiencia productiva).

En definitiva, lo que determina si tales estrategias y decisiones empresariales son ilegales o no bajo las normas de defensa de la competencia (en adelante, NDC) y en particular según el DL 1034 en el caso peruano, es el criterio de interpretación de la ley. A su vez, este criterio de interpretación se sustenta principalmente en el objetivo o finalidad que tiene la ley. En términos generales se sabe que la ley busca proteger el proceso de competencia en el mercado, pero lo importante es para qué lo hace. Actualmente existe consenso en que la ley protege el proceso competitivo para que los mercados funcionen eficientemente. En consecuencia, la aplicación de las NDC y del DL 1034 en particular requiere definir cómo se logra esa eficiencia y, en los casos más complejos, cuánta restricción de la competencia es admisible para lograr tal eficiencia. Esta es una tarea de gran complejidad y responsabilidad. El objetivo del presente artículo es contribuir a definir los límites de la aplicación de las

políticas de competencia, en situaciones en las que el logro del objetivo eficiencia económica pueda colisionar con la promoción de la competencia o, en otros términos, justificar la autorización de determinadas restricciones a la competencia.

A continuación se define si las NDC son un instrumento de regulación, para comprender mejor el objetivo de estas normas. Asimismo, se describen los diversos objetivos para los que se han aplicado las NDC en otras realidades y contextos, explicando además cuál sería la finalidad primordial de las NDC. Posteriormente, se analiza el objetivo del DL 1034 (la promoción de la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores), y se plantea cómo este objetivo influye en otras disposiciones de la ley peruana, particularmente las relativas a las conductas empresariales prohibidas.

Lo anterior permite afirmar que si bien el objetivo que se ha definido en el DL 1034 es un avance significativo respecto de las normas de competencia vigentes previamente, no debe considerarse como la meta al final del camino, sino como un punto de partida que ofrece la oportunidad de construir una línea consistente de razonamiento para la aplicación de la ley.

En base a ello, posteriormente se explica la problemática que existe para la construcción de dicha línea de razonamiento, la cual requiere interpretar apropiadamente conceptos y teorías económicas aún en desarrollo o respecto de las cuales no hay pleno consenso. Finalmente, se plantean y analizan aquellos aspectos relacionados con el objetivo del DL 1034 que requieren ser desarrollados por la jurisprudencia, así como la forma en que pueden o deben interpretarse las conductas prohibidas por el DL 1034 a la luz de ese objetivo.

II. Las Normas de Defensa de la Competencia como instrumento de regulación

Las NDC son mecanismos legalmente establecidos por el Estado para proteger el funcionamiento de los mercados, frente a comportamientos o estructuras de mercado que ponen en riesgo o reducen las condiciones de competencia. Consecuentemente, son instrumentos de regulación económica.

Como se sabe, las NDC tienen distintas manifestaciones. De un lado, se encuentran las disposiciones que prohíben conductas unilaterales de empresas con importante poder de mercado destinadas a excluir a competidores, o comportamientos de colusión a través de los cuales empresas rivales deciden ponerse de acuerdo para dejar de competir. De otro lado, se encuentran las disposiciones que buscan

evitar que, a través de las denominadas concentraciones de empresas, se produzcan configuraciones de mercado que permitan o sean propicias para el ejercicio indebido del poder de mercado, ya sea a través de actos unilaterales o a través de comportamientos de colusión entre competidores. En tal sentido, cualquiera sea la manifestación de las NDC, siempre buscan controlar el ejercicio indebido del poder de mercado que ocasiona o puede ocasionar restricciones inaceptables al proceso competitivo.

Por su parte, la concepción más generalizada de la regulación identifica esta última con la intervención del Estado para controlar el comportamiento de los sujetos en el mercado a través de dispositivos legales, esto es en oposición al funcionamiento libre del mercado. La regulación viene a ser un sustituto del mercado cuando éste no puede funcionar correctamente como mecanismo óptimo de asignación de los recursos a sus usos más eficientes. En otras palabras, la regulación tiene por finalidad corregir casos de falla del mercado, tales como la asimetría de información, los costos de transacción, las externalidades o el monopolio natural. De acuerdo con esta concepción, la regulación se clasifica en económica, si busca corregir los efectos del monopolio natural, o social si está destinada a enfrentar otras fallas de mercado¹.

Así, cuando se producen externalidades creadas por los daños al medio ambiente o información asimétrica que afecta las decisiones de consumo, la regulación social permite establecer, por ejemplo, normas para la protección del medio ambiente o sobre salud y seguridad en ambientes laborales u otros, así como normas de protección al consumidor, etc. La regulación económica, en cambio, se utiliza frente a situaciones de falta de competencia, siendo el monopolio natural el caso más evidente, porque lo más eficiente es que sólo exista un proveedor. Cuando existe un monopolio natural, los instrumentos de regulación económica buscan simular los resultados que produciría el mercado².

¹ Breyer (1982) pp. 15-35. Ogus (2004) pp. 29-54. Téngase presente que esta concepción también considera otras razones –distintas a las fallas de mercado– como sustento de la regulación, tales como razones de equidad (distribución de riqueza), paternalismo, entre otras. No obstante, con fines de simplificación para definir la ubicación de las NDC dentro de esta concepción de la regulación, sólo se están considerando las justificaciones por fallas del mercado.

² Breyer (2006) pp. 14-28, Ogus (2007) pp. 275-280 y Viscusi, Vernon y Harrington (1997) pp. 307-311.

No obstante, el monopolio natural no es el único supuesto de falta de competencia que amerita regulación. Existen otras situaciones en que el mercado no funciona plenamente y las condiciones de competencia son limitadas. Esto sucede por ejemplo en mercados que luego de haber sido objeto de monopolio estatal son abiertos a la competencia. La empresa que adquiere el derecho de operar infraestructuras de red con características de monopolio natural, no tiene incentivos a permitir el acceso de terceros a tales infraestructuras para brindar servicios en mercados conexos, cuando dicha empresa también participa en estos mercados conexos. Es decir, la empresa incumbente tiene gran poder de mercado y puede impedir la competencia en los mercados conexos. En estas situaciones se justifica la existencia de regulación para promover la competencia, que facilite y garantice la entrada de terceros al mercado. Esta regulación promotora de competencia también califica como regulación económica³.

Al igual que en el ejemplo anterior, las condiciones de competencia se ven considerablemente limitadas cuando existen empresas con elevado poder de mercado o con posición de dominio, como lo denominan algunas legislaciones, que les permite actuar independientemente de los demás agentes del mercado. En tales circunstancias se justifica la existencia de una regulación que proteja el proceso de competencia en el mercado. Esta es precisamente la función de las NDC, que protegen el mercado a través de la prohibición de comportamientos ilícitos que tienden a restringir indebidamente la competencia. Por ello, las NDC también son consideradas como un instrumento más de la regulación económica⁴.

Las concepciones más modernas y complejas sobre la regulación también consideran que las NDC son instrumentos de regulación. Estas concepciones definen la regulación como sistemas de control del comportamiento compuestos por tres funciones típicas: (i) creación de reglas; (ii) monitoreo de las reglas para

³ Quintana (2008 a) pp. 120-123.

⁴ Existen diferencias relevantes entre las NDC y los instrumentos de regulación económica clásica. Las NDC buscan promover el funcionamiento libre del mercado, se aplican ex – post a la conducta prohibida, y definen negativamente las conductas indeseadas a través de prohibiciones. Los instrumentos de regulación clásica buscan simular los resultados que produciría el mercado porque éste no funciona, operan ex – ante a que se produzca la actuación de los agentes, y definen positivamente el tipo de comportamiento esperado de los agentes. Al respecto puede verse: Breyer (1982) pp.156-161; Quintana (2003) pp. 98-99. Sin embargo, las diferencias existentes no enervan en forma alguna el carácter de instrumento de regulación que tienen las NDC dentro de la concepción clásica de la regulación, lo cual es explícitamente reconocido por especialistas en la materia como Breyer (2006) pp. 24-25 y Ogus (2007) pp. 278-279.

supervisar cómo se están cumpliendo; y (iii) modificación del comportamiento a través de mecanismos frente a casos de desvío⁵.

Dentro de esta perspectiva, actualmente el Estado no se limita a regular a través del ejercicio de facultades de *ius imperium*, sino que también regula apoyándose en formas de control del comportamiento privadas o incluso en mecanismos y dispositivos materiales de control. De este modo, las tres funciones antes mencionadas pueden ser ejercidas por una sola o por varias entidades del Estado o también por entidades privadas como por ejemplo entes autorreguladores. Así, la regulación no se origina únicamente en el Estado, sino que combina la participación de fuentes de regulación no estatales e incluso se deriva de dispositivos que no requieren de intervención humana directa.

Como consecuencia de lo anterior, se definen sistemas regulatorios puros e híbridos, en función a quién y con qué carácter se ejercen las tres funciones que componen los sistemas regulatorios. Los sistemas regulatorios son puros cuando las tres funciones tienen el mismo carácter y fuente de origen; mientras que son sistemas híbridos cuando tienen distinto carácter y fuente de origen. Dentro de los sistemas puros se encuentran los sistemas jerárquicos, en los que las tres funciones se ejercen verticalmente, es decir, desde instancias superiores hacia los regulados. Las instancias superiores pueden ser entidades del Estado o entes privados que tengan la legitimidad necesaria dentro de un campo determinado para establecer el control de modo jerárquico⁶.

El supuesto típico de un sistema jerárquico puro es aquel en que las tres funciones regulatorias son ejercidas por una o varias entidades del Estado, a través de potestades de *ius imperium*. No obstante, este tipo de sistemas también puede materializarse a través de entidades privadas, como por ejemplo las empresas certificadoras de la calidad en sistemas tipo ISO⁷, las clasificadoras de riesgos que determinan el grado de inversión de los países, o las entidades que asignan los nombres de dominio en la

⁵ Baldwin, Scott y Hood (1998) pp. 2-4. Hood, Rothstein y Baldwin (2001) pp. 21-27.

⁶ Al respecto pueden verse los siguientes trabajos: Scott 2000: 316-322; Murray y Scott 2002: 500-512; Quintana y Carrasco 2009. Los otros sistemas de control puros se denominan control a través del mercado o la competencia, control comunitario y control por diseño. Los sistemas híbridos combinan en distinta forma y extensión los sistemas puros. Por simplificación, y para efectos de identificar el lugar de las normas de competencia dentro de las nuevas concepciones de la regulación, sólo se comenta el sistema de control jerárquico.

⁷ International Standards Organization.

Internet. Estas entidades privadas tienen la legitimidad necesaria en sus respectivos campos para establecer reglas y supervisar su cumplimiento.

Las NDC califican claramente como un sistema regulatorio jerárquico puro, porque el establecimiento de las prohibiciones, la supervisión de su cumplimiento y el mecanismo de modificación del comportamiento son funciones ejercidas vía facultades de imperio por distintas instancias del Estado. Consecuentemente, incluso dentro de las concepciones más modernas, las NDC califican como instrumentos de regulación.

En consonancia con lo antes expuesto, los especialistas en materia de Derecho de la Competencia también consideran que las NDC son instrumentos regulatorios.

Al respecto, Hovenkamp (2005a) afirma que quienes administran las NDC se encuentran más concientes de que se trata de una forma de regulación, es decir, de un tipo de intervención del Estado en la economía cuyo núcleo son los mercados privados y, precisamente por ello, debe ser una excepción antes que la regla. La finalidad de las NDC no es inhibir comportamientos injustos o compensar a las víctimas de la competencia, sino buscar que los mercados funcionen más competitivamente, lo que significa que haya mayor oferta, mejor calidad, menores precios o más innovación. Esta mejora debe ser considerable para validar los altos costos involucrados en la aplicación de tales normas. El referido autor señala que si bien esto parece pesimista, debe recordarse que las NDC no son el único mecanismo que tiene el Estado para intervenir en el mercado. Más bien, dichas normas son una regulación residual que llena los vacíos de otros regímenes regulatorios y de propiedad⁸.

Teniendo en cuenta el carácter regulatorio de las NDC, es como mejor puede comprenderse por qué se han buscado diversos objetivos a través de ellas y cuál es la finalidad que mejor pueden cumplir estas normas. Asimismo, también se puede entender cómo la búsqueda de otros fines puede dificultar que se logre esta última finalidad o si no producir inconsistencias en la aplicación de las NDC.

⁸ Hovenkamp (2005a) pp. 7 y 10.

III. Objetivos de las Normas de defensa de la competencia

Desde sus orígenes las NDC han tenido o cumplido distintos objetivos, dependiendo del contexto político y económico en que han sido aplicadas. En no pocos casos y épocas, los objetivos perseguidos han llegado a ser contradictorios, restándole consistencia a las líneas de interpretación producidas en la aplicación de las NDC. Entre los principales objetivos que se han considerado se encuentran los siguientes:

- **Dispersión del poder económico**

Entre los primeros objetivos que se asignaron a las NDC se encuentra el buscar que el poder económico no se concentre sino que se disperse entre varios agentes. Esto supone preferir que el mercado, como conjunto de agentes en competencia, y no una gran firma, sea quien determine efectivamente cómo se asignan los bienes a sus mejores usos⁹.

Este objetivo tiene un matiz de redistribución de la riqueza en busca de equidad económica más que de eficiencia económica¹⁰. Como producto de este objetivo, las NDC han sido utilizadas para controlar la actuación de grandes corporaciones o detener la concentración de los mercados. Este objetivo, entre otros, es el que habría inspirado la aprobación del Sherman Act en Estados Unidos.

- **Protección de pequeñas empresas o de competidores**

Otro objetivo que ha inspirado por tiempo considerable la aplicación de las NDC es la protección de los competidores o, más precisamente, de las pequeñas empresas frente a las grandes. En el caso de la Comunidad Europea, por ejemplo, este objetivo tuvo su sustento en la denominada Escuela Ordoliberal de Friburgo en Alemania, que plantea como objetivo la protección de la libertad individual de actuación como valor por sí mismo. Bajo esta perspectiva, la eficiencia es un resultado indirecto de la existencia de libertad económica pero no un fin en sí mismo¹¹.

⁹ Ross (1993) p. 8.

¹⁰ Whish (2009) p. 20.

¹¹ Monti (2007) p. 23.

La protección de pequeñas empresas puede no ser siempre lo más beneficioso para los consumidores, puesto que el afán de proteger a empresas pequeñas frente a la competencia de la gran empresa puede conllevar la permanencia de empresas menos eficientes en el mercado y estancar el desempeño de las más eficientes, lo que a la larga incide en mayores precios o menos innovación¹².

En efecto, la protección de pequeñas empresas indica una preferencia por un mercado competitivo con multiplicidad de actores diminutos aunque sea con costos mayores, en vez de que se logren eficiencias por menores costos asociados al mayor tamaño de una sola empresa (por ejemplo vía economías de escala en la adquisición de insumos). Esta preferencia parte de la presunción de que las grandes firmas no suelen trasladar los menores costos obtenidos a los consumidores¹³.

- **Protección directa de consumidores**

También existen corrientes de opinión que con una visión más populista han planteado que el principal objetivo de las NDC debe ser proteger al consumidor de la explotación por parte de los monopolios y carteles¹⁴. Esto no es equivalente a maximizar la riqueza general de la sociedad, sino que implica principalmente evitar que los consumidores sean explotados por monopolios o carteles¹⁵.

En muchos casos esta defensa del consumidor no se manifiesta protegiendo el proceso competitivo sino tomando acción directa contra las empresas para exigirles, por ejemplo, que reduzcan sus precios. Ello pese a que las autoridades de defensa de la competencia pueden no encontrarse en posibilidad de aplicar los remedios más adecuados, como por ejemplo sería fijar el precio apropiado. Además, la protección de consumidores a través de la norma de defensa de la competencia puede ser contraproducente,

¹² Whish (2009) p. 21.

¹³ Ross (1993) pp. 6-7.

¹⁴ Lande (1982).

¹⁵ Ross (1993) p. 5.

pues ante ello las empresas podrían optar por abandonar el mercado, con lo cual los beneficios de de corto plazo para el consumidor se verían superados por los perjuicios de largo plazo¹⁶.

- **Integración de mercados**

Un objetivo adicional que ha influenciado la aplicación de las NDC es el de la integración de mercados nacionales dentro de acuerdos de integración regional.

Como se sabe bien, el caso más saltante en esta materia es el de la Comunidad Europea donde existe el imperativo de la integración del mercado único. Este objetivo supone aplicar la norma de defensa de la competencia para dismantelar las barreras al comercio que podrían implementarse dentro de los mercados nacionales para promover la creación de un mercado regional único. En tal sentido, la tendencia ha sido a subordinar el interés particular de las empresas individuales al interés más amplio de integrar el mercado¹⁷. Este objetivo no sólo se refiere a prevenir la desintegración del mercado a través de conductas que tiendan a segmentarlo nuevamente en mercados locales o nacionales, sino también a tratar de promover positivamente la integración¹⁸.

- **Bienestar del consumidor**

Más recientemente, se viene considerando de forma mayoritaria que el objetivo prioritario de las NDC debe ser que los mercados funcionen con eficiencia económica para lograr el mayor bienestar de los consumidores¹⁹. En efecto, la tendencia ha sido que las NDC vayan convergiendo hacia el objetivo de lograr el mayor bienestar del consumidor.

En el caso de Estados Unidos lo que se buscaba con estas normas, en su etapa inicial entre 1890-1930, era que el poder económico no asumiera el control sobre el poder político. El objetivo político de la Sherman Act fue que esta norma sirva para evitar que el poder económico se concentre; en

¹⁶ Whish (2009) pp. 19-20.

¹⁷ Whish (2009) p. 23.

¹⁸ Monti (2007) pp. 39-43.

¹⁹ Ver por ejemplo: Blair y Kaserman (2009) p. 4. Motta (2004) p. 30.

principio no existía otro objetivo claramente definido. Lo que se trataba de evitar era que las empresas obtengan suficiente poder de mercado como para incrementar sustancialmente los precios y limitar la producción. Sin embargo, luego de la gran depresión y la respuesta del *new deal*, entre 1930-1950 se buscó que estas normas garanticen la existencia de muchas empresas que dieran posibilidades de trabajo para las masas desempleadas. Posteriormente a la segunda guerra mundial, entre 1950 y 1970, este concepto varía con los aportes de la Escuela de Harvard que, en virtud del paradigma estructura – conducta – desempeño, planteaba como objetivo proteger a las pequeñas industrias, reconociendo que había empresas que recién estaban empezando a consolidarse. En los años 80, cuando el país ya se había consolidado, se introduce la noción de eficiencia como un objetivo de las políticas de competencia, apoyada por la Escuela de Chicago²⁰.

De igual modo, en el caso de la Comunidad Europea, la política de competencia original promovía tres valores principales: la competencia entendida como el mantenimiento de la libertad económica, la integración del mercado interno y la eficiencia económica entendida como el incremento del bienestar del consumidor. Los dos primeros objetivos fueron preferidos frente al último en el pasado, mientras que en la actualidad la eficiencia económica y el bienestar del consumidor juegan un rol más significativo en la aplicación de la norma de competencia²¹. Muestra de ello es, por ejemplo, el discurso pronunciado en octubre de 2005 por Neelie Kroes, Comisionada Europea en materia de políticas de competencia, quien afirmó lo siguiente:

“El bienestar del consumidor está ahora bien definido como el estándar que aplica la Comisión cuando evalúa las concentraciones empresariales y las infracciones a las reglas del Tratado sobre carteles y monopolios. Nuestro objetivo es simple: proteger la competencia en el mercado como medio para mejorar el bienestar del consumidor y garantizar una eficiente asignación de recursos” (traducción libre)²².

²⁰ Díez Canseco s/f: 24-25.

²¹ Monti (2007) p. 20.

²² Citado por Whish (2009) p. 19.

Además, en la actualidad existe una marcada intención de aislar las NDC de consideraciones políticas, principalmente debido a que su aplicación se está descentralizando de la Comisión Europea hacia las autoridades nacionales. Por ello, la Comisión ha sugerido que se reduzca el rol de esta norma en promover objetivos de carácter comunitario, para tener mayor certeza legal y coherencia (cuanto menos objetivos tenga la norma más consistente será su aplicación por las autoridades nacionales), así como por una razón de competencia institucional (las autoridades nacionales no pueden tomar decisiones de política industrial comunitaria)²³.

Lo anterior no significa que las NDC deban tener necesariamente, como único objetivo, la maximización del bienestar del consumidor, puesto que como se ha visto también se pueden buscar otros objetivos complementarios²⁴. En la Comunidad Europea y Estados Unidos han sido décadas de aplicación de las NDC las que han llevado a que los objetivos prioritarios se vayan transformado hasta llegar a la situación actual en que se prioriza el bienestar del consumidor. Incluso en países con gran potencial económico y que ya forman parte del “primer mundo”, como Japón y Korea, se discute y plantea que las NDC no sólo deben buscar que la competencia sea libre sino también justa. Esto significa que permitan el robustecimiento de las empresas para volverse competidores viables frente a las firmas que ya cuentan con gran poder económico. Como sustento de estos planteamientos se señala que no todos los mercados son lo suficientemente maduros y cuentan con empresas robustas y competitivas, de modo que las NDC deben otorgar iguales oportunidades reconociendo tal diferencia²⁵.

²³ Monti (2007) p. 21.

²⁴ Los diversos objetivos de las NDC pueden resultar en ciertos casos complementarios, puesto que existen prácticas empresariales que son contrarias simultáneamente a los distintos objetivos. Por ejemplo, un cartel de precios asigna ineficientemente los bienes porque no permite su provisión a quienes estarían dispuestos a pagar por ellos un precio competitivo y transfiere recursos del consumidor al cartel. Además, usualmente los miembros del cartel buscarán que no ingresen más empresas competidoras al mercado y el cartel no es precisamente una pequeña empresa a la cual debe protegerse de la competencia. Finalmente, el poder discrecional que ejerce el cartel no se condice en forma alguna con el objetivo de dispersión del poder económico. Ross (1993) pp. 8-9.

²⁵ Planteamientos de autoridades y autores de Japón y Korea citados por Fox (2002) pp. 407-408. Si bien esta preocupación por el objetivo de las NDC es comprensible si se tiene en cuenta que la apertura de los mercados asiáticos colocaría a las empresas domésticas en competencia a nivel global con firmas extranjeras ya bastante posicionadas en los mercados internacionales, debe tenerse en cuenta si las NDC son el mecanismo más apropiado para lograr un equilibrio entre la distinta fortaleza de las empresas.

Sin embargo, no puede negarse que la existencia de varios objetivos produce riesgos de contradicción entre ellos y falta de certeza y predictibilidad para los agentes del mercado. Por ello, algunos autores plantean que si las NDC tienen varios objetivos, lo relevante es definir un adecuado equilibrio y balance entre los mismos, a fin de evitar tales riesgos. Plantean, por ejemplo, asignar distinto valor a cada objetivo de modo que finalmente el sentido de las decisiones se defina en función del logro del o los objetivos más valorados²⁶.

Sin perjuicio de ello y de la posibilidad de que las NDC tengan distintos objetivos, es innegable que en la actualidad la tendencia mayoritaria es considerar que el principal objetivo de las NDC es la maximización del bienestar del consumidor. Esto es una de las principales victorias de la denominada Escuela de Chicago. No porque ese sea el único objetivo válido, como algunos de los miembros de esta escuela consideran, sino porque tales normas son un instrumento especialmente apropiado para lograr ese objetivo; mientras que existen otros instrumentos regulatorios tanto o más adecuados para conseguir otros fines como la protección de las pequeñas empresas, reducir la desigualdad de ingresos, entre otros²⁷.

Considerando lo expuesto, corresponde revisar cuál es el objetivo que se ha previsto para el DL 1034 y en qué se ha sustentado el mismo, identificando además las otras disposiciones de la ley que deben ser analizadas conjunta e integralmente con el objetivo definido.

IV. Objetivo del DL 1034

En el artículo 1 del DL 1034 se establece lo siguiente sobre la finalidad de la ley:

“La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores” (subrayados agregados).

De esta forma, el DL 1034 se encuentra dentro del grupo de NDC que contemplan la maximización del bienestar del consumidor como su objetivo.

²⁶ Khemani (1993) pp. 44-45.

²⁷ Schmalensee (2008) pp. 13.

En la exposición de motivos del proyecto de ley impulsado por el INDECOPI que finalmente dio origen al DL 1034, pueden identificarse tres líneas argumentales como sustento de dicho objetivo:

- la protección del proceso competitivo permite lograr eficiencia y así mejorar el bienestar del consumidor;
- la norma de defensa de la competencia es un mecanismo idóneo para lograr la eficiencia, mientras que otros instrumentos regulatorios permiten alcanzar otros objetivos de política pública; y,
- la tendencia internacional, particularmente en América y la Comunidad Andina, señala como objetivo la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.

En cuanto a la primera línea argumental, en la exposición de motivos se expresa que a través de la protección del proceso competitivo se promueve la eficiencia económica, señalándose además que la misma tiene tres componentes: eficiencia productiva, eficiencia innovativa y eficiencia asignativa. Según lo planteado en la exposición de motivos *“La eficiencia económica resulta ser una medida de qué tan bien las industrias acompañan sus actividades económicas en interés de la sociedad”*. Ello debido a que a *“través de la rivalidad entre los competidores por obtener la aceptación de los consumidores, las empresas tienen incentivos para comportarse eficientemente, lo que a su vez repercute en el bienestar de la sociedad en su conjunto y en los consumidores en particular”*. Sobre este último punto, en la exposición de motivos se indica de forma explícita que la ley no busca proteger directamente a los consumidores sino indirectamente promoviendo el bienestar del consumidor a través de la eliminación de conductas anticompetitivas²⁸.

²⁸ Esto se pone de manifiesto cuando en la exposición de motivos se glosa la Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC de la Comisión en respaldo de dicha posición:

“(…) las normas de libre competencia deben encargarse de velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, con el fin de promover el uso eficiente de los recursos logrando como resultado el bienestar de la sociedad (social welfare). La finalidad última de una política de competencia será mejorar el bienestar del consumidor pero ello deberá ser fruto de la promoción y protección del proceso competitivo. (...) la protección de los consumidores a través de la aplicación de las normas de libre competencia se da precisamente a través de la protección del proceso competitivo, debido a que éste redundará en beneficio de los primeros. Es decir, la protección que brindan las normas de libre competencia a los consumidores se da de manera indirecta a través de su incidencia en el debido funcionamiento del proceso competitivo” (pp. 10-11).

Respecto de la segunda línea argumental, en la exposición de motivos se introduce la siguiente cita de Motta (2004) para sustentar la idea de que la eficiencia económica mide qué tan bien las industrias se desempeñan en interés de la sociedad:

He sostenido que el bienestar económico es el objetivo que las autoridades de competencia y las cortes deberían perseguir. (...). Esto no implica que los objetivos o consideraciones de política pública distintas a la eficiencia económica no sean importantes, pero si un gobierno quisiese lograr dichos objetivos, no debería usar la política de competencia sino simplemente recurrir a instrumentos de política que distorsionen lo menos posible la competencia”²⁹.

Finalmente, sobre la tercera línea argumental, en la exposición de motivos se destaca que la finalidad prevista es consistente con lo que establece el numeral 1 del artículo 13.2 del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito por Perú y Estados Unidos de América APC Perú - EEUU³⁰ y la Decisión 608 de la Comunidad Andina³¹.

Otras importantes disposiciones del DL 1034 también hacen referencia expresa a la eficiencia económica y al bienestar del consumidor.

4.1. Bienestar del consumidor

El DL 1034 distingue dos tipos de prácticas anticompetitivas en función de si se sujetan a una prohibición absoluta o a una prohibición relativa. Según lo dispuesto por la ley, todos los casos de abuso de posición de dominio y de prácticas colusorias verticales, así como la mayoría de prácticas colusorias horizontales entre competidores, están sujetas a la prohibición relativa³². Para demostrar la infracción

²⁹ Motta (2004) p. 30.

³⁰ APC Perú - EEUU

Artículo 13.2. “*Legislación de Libre Competencia y Prácticas de Negocios Anticompetitivas*
1. Cada Parte adoptará o mantendrá legislación nacional en materia de competencia que proscriba las prácticas de negocios anticompetitivas y que promueva la eficiencia económica y el bienestar del consumidor; y adoptará las acciones apropiadas con respecto a dichas prácticas”.

³¹ Decisión 608–Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina

Artículo 2.- “La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores”.

³² Artículo 10 numeral 10.4, artículo 11 numeral 11.3, y artículo 12 numeral 12.4 del DL 1034.

en los casos de prohibición relativa se debe comprobar la existencia de la conducta y, además, que la misma tiene o puede tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores³³.

Adicionalmente, el DL 1034 establece que una vez iniciado el procedimiento sancionador los encausados pueden presentar un compromiso de cese de los hechos investigados. Corresponde a la autoridad decidir si aprueba el compromiso y suspende el procedimiento, para lo cual debe verificar, entre otros aspectos, que sea verosímil que la conducta anticompetitiva no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores³⁴.

Por último, el DL 1034 dispone que las conductas que son consecuencia de lo dispuesto por una norma legal se encuentran fuera del ámbito de la ley. En tales casos, la autoridad puede hacer abogacía de la competencia emitiendo opinión sobre los efectos que las conductas exoneradas tienen sobre la competencia y el bienestar de los consumidores³⁵.

De otro lado, en el caso de las prácticas anticompetitivas sujetas a prohibición absoluta sólo se requiere probar la existencia de la conducta para que se verifique la infracción. Estas prácticas son aquellas que usualmente se califican como carteles duros o ilegales per se, tales como los acuerdos entre competidores para fijar precios, repartirse el mercado, limitar la producción o coludirse en procesos de concurso (artículos 8 y 11, numeral 11.2, del DL 1034).

³³ DL 1034

Artículo 9.- *“Prohibición relativa*

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores” (subrayado agregado).

³⁴ DL 1034

Artículo 25.- *“Del Compromiso de Cese*

(...)

25.3. Para evaluar la solicitud de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Secretaría Técnica tomará en consideración el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

(...)

b) Que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores. Para ello se podrá tomar en cuenta, de modo indiciario, el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores; y,

(...)” (subrayado agregado).

³⁵ DL 1034

Artículo 3.- *“Ámbito de aplicación objetivo.-*

En tal sentido, el análisis sobre la afectación al bienestar del consumidor es elemento fundamental en dos aspectos claves del procedimiento sancionador. De un lado, para suspender el procedimiento si el responsable reconoce la infracción y presenta un compromiso de cese de la conducta investigada. De otro lado, para determinar al final de procedimiento si se cometió la infracción investigada. Adicionalmente, la afectación al bienestar del consumidor también es tema relevante para que la autoridad decida si realiza actividades de abogacía de la competencia frente a conductas exoneradas de la aplicación del DL 1034.

4.2. Eficiencia económica

El DL 1034 contiene dos cláusulas de tipificación abierta de prácticas anticompetitivas y en ambas se hace referencia expresa a la eficiencia económica. En efecto, además de prohibir expresamente diversos casos de abuso de posición de dominio, la ley también incluye una prohibición general de actos de abuso que impiden o dificultan el acceso o permanencia de competidores en el mercado por razones distintas a una mayor eficiencia económica³⁶. Asimismo, contempla una prohibición general de prácticas colusorias horizontales que tengan efecto equivalente a las listadas expresamente por la ley y que busquen obtener beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica³⁷.

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.

No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar del consumidor” (subrayado agregado).

³⁶ DL 1034

Artículo 10.- “El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

(...)

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica” (resaltado agregado).

³⁷ **Artículo 11.-** “Prácticas colusorias horizontales.-

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

Consecuentemente, la evaluación de la eficiencia económica constituye elemento esencial en la identificación de conductas ilegales, no sólo para aquellas que se encuentran explícitamente prohibidas, sino en especial para aquellas que lo están en virtud de las prohibiciones generales antes comentadas.

La definición del objetivo del DL 1034 y el fundamento utilizado para sustentarlo constituyen un importante avance respecto de los postulados e interpretaciones extremas que previamente había efectuado el INDECOPI al amparo del DL 701.

En efecto, el INDECOPI había entendido que conductas que no producían restricción alguna del proceso competitivo podían considerarse como casos de abuso de posición de dominio según el DL 701, simplemente porque no había justificación para que una empresa trate así a otra³⁸. Con ello se daba carta libre para asumir que la norma de defensa de la competencia tenía como objetivo la protección de empresas específicas frente a actos arbitrarios.

Asimismo, el Indecopi también había abierto la puerta para que a través de las disposiciones del DL 701 se pudieran sancionar casos de precios excesivos o abusivos como conductas de abuso de posición de dominio, pese a que tales conductas no tuvieran efectos de exclusión de competidores³⁹. De esta manera, se daba lugar a interpretar que la norma de defensa de la competencia también tenía como objetivo la protección directa de los consumidores frente a la explotación por parte de las grandes empresas.

De igual modo, contrariamente a la corriente casi unánime que trata los carteles duros (fijación de precios, reparto de mercado, licitaciones colusorias, etc.) como ilegales *per se*, el INDECOPI había llegado a interpretar que según el DL 701 esas prácticas podían evaluarse bajo la regla de la razón⁴⁰. Con ello no sólo se daba lugar a una discusión ociosa sobre las supuestas eficiencias que se pudieran derivar de

(...)

(k) *Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica” (resaltado agregado).*

³⁸ Resolución N° 00870-2002-TDC/INDECOPI (Aerocontinente S.A. contra el Banco de Crédito del Perú).

³⁹ Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI (Central Única de Trabajadores del Perú y señor Javier Diez Canseco Cisneros contra AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP).

⁴⁰ Resolución N° 224-2003/TDC-INDECOPI (Comisión de Libre Competencia contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros y diversas empresas aseguradoras).

tales prácticas, sino también a que se incluyan consideraciones de política industrial como objetivos de la norma de defensa de la competencia en el intento de justificar las prácticas mencionadas.

En su momento la doctrina ya había llamado la atención y dado la voz de alerta sobre este tipo de interpretaciones, que no sólo iban contra el marco legal y significaban un retroceso en la evolución interpretativa del INDECOPI, sino que producían una manifiesta incertidumbre para los agentes económicos producto de la excesiva discrecionalidad con la que podía actuar la autoridad⁴¹.

En tal sentido, debe reconocerse que definir explícitamente que el objetivo del DL 1034 es el logro de eficiencia económica para la maximización del bienestar del consumidor, de modo que se proteja al consumidor indirectamente a través del proceso competitivo, es un avance significativo.

Sin embargo, más importante aún es tener conciencia de que la definición de ese objetivo no es la meta al final del camino, sino más bien un punto de partida, desde el cual se tiene que empezar a construir una línea consistente de razonamiento para la aplicación del DL 1034, en base a conceptos que, como se explica a continuación, no tienen contornos totalmente definidos o pueden no ser siempre diáfanos para guiar la aplicación de la ley.

V. Interpretación de la eficiencia económica y del bienestar del consumidor

La tendencia mayoritaria a considerar que el objetivo de las NDC es la maximización del bienestar del consumidor tiene su origen en la diferencia entre los resultados que produce una situación de competencia perfecta frente a la pérdida de bienestar social que produce el monopolio⁴².

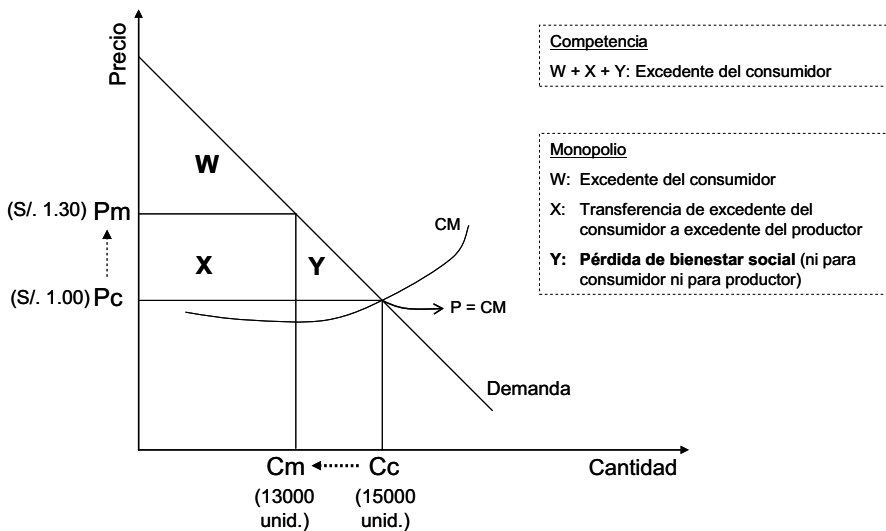
Como se sabe, en un mercado en competencia perfecta se logra el punto de equilibrio en el cual el precio (P_c) es igual al costo marginal de producción (CM) y se produce la cantidad (C_c) necesaria para atender a todos los compradores dispuestos a pagar cuando menos el costo marginal por el bien. Con ello se logra la máxima eficiencia puesto que el productor no produce ni vende ninguna unidad que

⁴¹ Ver Bullard (2003), Diez Canseco y Pasquel (2004) y Martínez y Quintana (2007).

⁴² Los fundamentos económicos descritos pueden encontrarse con mayor desarrollo en libros de organización industrial como Carlton y Perloff 2000: 88-91; o Fernández Baca 2006: 128-133.

no cubra al menos su costo marginal de producción, es decir, no trabaja a pérdida⁴³, y los consumidores pagan únicamente el precio que cubre el costo marginal, quedándose con la diferencia entre su precio de reserva y el precio de competencia efectivamente pagado. Así, la competencia maximiza el bienestar del consumidor porque los recursos correspondientes al triángulo $W + X + Y$ se quedan en manos del consumidor, es decir, constituyen el denominado excedente del consumidor.

Competencia vs. Monopolio



Por el contrario, el monopolio (como también un cartel de competidores) puede reducir la cantidad ofertada (de C_c a C_m) y elevar el precio (de P_c a P_m). Con ello el productor produce y vende menos unidades (13,000) que las que se venden en una situación de competencia (15,000), pero obtiene mayores ingresos que los que lograría en competencia (S/. 16,900.00 frente a S/. 15,000.00). Como consecuencia de ello, el excedente de consumidor se reduce al triángulo W . El cuadrilátero X es la ganancia del monopolio (la diferencia entre los ingresos obtenidos en una situación de competencia y en una de monopolio), es decir, la porción del excedente del consumidor que se convierte en excedente del productor. Finalmente, el triángulo Y se pierde tanto para el consumidor como para el productor, por lo que se identifica como la pérdida de bienestar social que produce el monopolio, representada por los

⁴³ Se entiende que el costo marginal incluye un componente de rentabilidad para el productor que puede representarse como el costo de oportunidad de invertir sus recursos en otra actividad productiva.

consumidores dispuestos a pagar un precio mayor al costo marginal, pero que no son atendidos porque no pueden pagar el precio de monopolio (las 2,000 unidades que dejan de producirse y venderse).

Por ello, se ha formado consenso sobre las NDC como instrumento de regulación apropiado y eficaz para maximizar el bienestar del consumidor.

5.1. Alcances sobre la eficiencia económica

La eficiencia económica tiene distintas manifestaciones y el proceso competitivo tiene la capacidad de producirlas:

- ***Eficiencia productiva:*** cuando dados los costos de los insumos y recursos las empresas pueden producir una determinada cantidad con una calidad específica al menor costo posible. De este modo, los consumidores pueden adquirir un producto al menor precio con el que el productor puede subsistir (el precio es llevado al punto mínimo de la curva de costo promedio de largo plazo)⁴⁴.

La presión competitiva impide a las empresas vender a precios que se encuentran por encima del costo marginal, porque los consumidores podrían buscar inmediatamente otro proveedor, con lo cual la competencia impulsa a las empresas a alcanzar eficiencia productiva. Por lo general, en la aplicación de las NDC se acepta la eficiencia productiva de modo pasivo, es decir, se permite comportamientos de una empresa que incrementan su eficiencia productiva –salvo que también aumenten su poder de mercado– y a la vez se entiende que las empresas no vulneran las normas simplemente por ser eficientes productivamente⁴⁵.

- ***Eficiencia asignativa:*** cuando la disposición marginal de la sociedad a pagar por la última unidad producida de un bien es exactamente igual que el costo de oportunidad marginal de esa unidad (el precio es igual que el costo marginal). Esta última característica de la eficiencia es muy importante porque implica que se está produciendo el volumen social óptimo de cada producto. Es decir, se alcanza la eficiencia asignativa cuando los consumidores pueden obtener las cantidades de bienes que

⁴⁴ Blair y Kaserman (2009) p. 3.

⁴⁵ Hovenkamp (2005a) p. 75.

requieren al precio que están dispuestos a pagar cubriendo el costo de producción⁴⁶.

El proceso de competencia lleva a que se logre el punto de equilibrio entre la producción óptima al nivel de precios óptimo, con lo cual la sociedad en conjunto se beneficia. Consecuentemente, la eficiencia asignativa debería ser el objetivo más importante en el análisis de las NDC en tanto mejora el bienestar del conjunto de la sociedad.

- ***Eficiencia dinámica:*** cuando las empresas buscan desarrollar nuevos productos como parte de la constante batalla por atraer y fidelizar a los consumidores. Esta eficiencia se relaciona con los beneficios derivados de la investigación, desarrollo e innovación, lo que incluye no sólo la producción individual de conocimiento por cada empresa sino también el uso cruzado de tal conocimiento entre las empresas para mejorar el conjunto del conocimiento⁴⁷.

La competencia también estimula que las empresas se preocupen e inviertan en innovar para obtener nuevos productos que satisfagan mejor a los consumidores.

a) Relevancia y dificultad de medir la eficiencia asignativa

Dada la relevancia de la eficiencia asignativa en la aplicación de las NDC, es importante considerar cuáles son los alcances de este concepto. La eficiencia asignativa, como medida de bienestar de la sociedad en conjunto, se define considerando en términos económicos cuál es el mejor uso y asignación de un conjunto dado de insumos y recursos productivos para la sociedad⁴⁸.

La definición más aceptada sobre la eficiencia asignativa es la que se deriva del concepto del Óptimo de Pareto. Según esta definición, una asignación de recursos es más eficiente si no existe otra asignación alternativa que coloque al menos a una persona en mejor situación sin empeorar a la vez la situación de otra. Sin embargo, el Óptimo de Pareto es bastante rígido ya que puede ser satisfecho con la mejora

⁴⁶ Ver Blair y Kaserman (2009) p 3-4. Whish (2009) pp. 4-5.

⁴⁷ Ver Fox (2008) p 78 y Whish (2009) p. 5.

⁴⁸ Se siguen las ideas de Hovenkamp (2005 a) pp. 75-76.

más trivial y, a la vez, puede ser descartado bastando que desmejore la situación de un solo sujeto⁴⁹.

Por ello se ha definido un Óptimo Potencial de Pareto para medir la eficiencia asignativa (criterio de Kaldor-Hicks), considerando que si los beneficiados por una determinada asignación pueden compensar a los perjudicados y luego de ello queda aún un beneficio neto, dicha asignación es eficiente. Para esto es irrelevante que los beneficiados compensen efectivamente a los perjudicados, bastando que ello sea teóricamente posible. Las NDC buscan evitar comportamientos que ocasionan perjuicios mayores que los beneficios que pueden producir y por ello cumplen este Óptimo Potencial de Pareto⁵⁰.

El Óptimo Potencial de Pareto puede ser una guía para la aplicación de las NDC pero puede dar lugar a complicaciones considerables. La eficiencia de una conducta o práctica empresarial para la sociedad es relativamente fácil de identificar bajo el concepto tradicional del Óptimo de Pareto, pues basta que empeore la situación de un sujeto para que se considere ineficiente. Sin embargo, el Óptimo Potencial de Pareto requiere identificar a todos los beneficiados y perjudicados por la referida conducta, sumar el valor de todos sus beneficios y perjuicios respectivamente, y determinar si hay beneficios netos. Evidentemente, la identidad de todos los beneficiados y perjudicados y la cuantificación de sus beneficios y pérdidas no es obvia ni fácil de calcular⁵¹.

A pesar de estas limitaciones, el Óptimo Potencial de Pareto permite evaluar en muchos casos si los efectos netos de una práctica son de beneficio o pérdida

⁴⁹ Bajo esta definición ninguna norma sería eficiente en términos de Pareto pues siempre colocaría a alguien en peor posición, incluso las normas más convenientes. Así, por ejemplo, las NDC que prohíben los carteles de precios podrían considerarse no eficientes porque colocan en peor posición a los miembros del cartel.

⁵⁰ Así, por ejemplo, la norma que prohíbe los carteles de precios produce beneficios a los agentes del mercado que son superiores a los perjuicios que produce a los miembros de un cartel, con lo cual, los beneficiarios podrían compensar los perjuicios de los miembros del cartel y aún existir un remanente de beneficios. Si bien dicha compensación no existirá, se considera que es eficiente contar con normas que prohíben los carteles.

⁵¹ Adicionalmente, el Óptimo Potencial de Pareto, al igual que otros criterios que miden la eficiencia asignativa, es indiferente a la forma en que se distribuyen los bienes en la sociedad, es decir, no se preocupa de determinar una distribución equitativa de los recursos, bastando que la distribución permita mayores beneficios que perjuicios. De esta forma, si una práctica monopólica produce beneficios al monopolio equivalentes al perjuicio que causa a los consumidores, la práctica se entendería como neutral a la luz del Óptimo Potencial de Pareto.

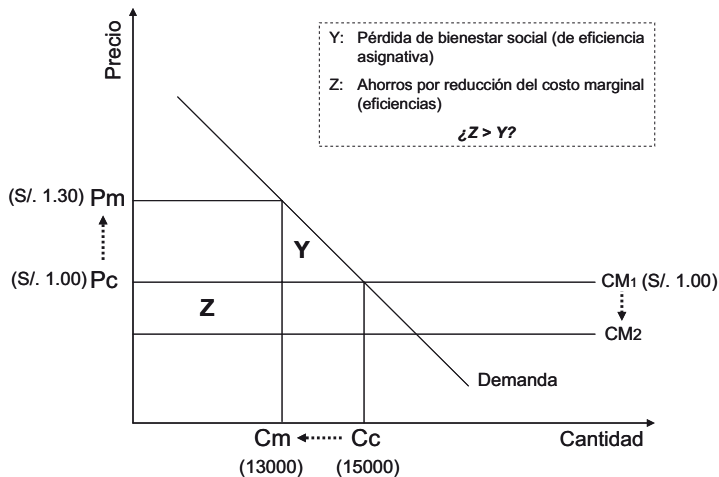
social, aun cuando usualmente no puedan cuantificarse con precisión. Por ello los economistas suelen proponer que este criterio guíe la aplicación de las NDC. Sin embargo, se debe tener en cuenta que como forma económica de medir la eficiencia asignativa, el Óptimo Potencial de Pareto está sustentado en tecnicismos económicos y de cuantificación que no resultan atractivos o comprensibles para la mayoría.

b) Complejidad para medir los beneficios netos

En 1968 Oliver Williamson planteó su famoso artículo en el que planteaba la existencia de una relación de conflicto (*trade off*) entre los objetivos de promoción de la competencia y el bienestar. Con ello buscaba resaltar la necesidad de que al aplicar las NDC se considere como un beneficio las eficiencias producidas en el mercado por las decisiones empresariales, en este caso particular por una decisión de concentración de empresas.

El modelo asume que la concentración de empresas transforma una situación de competencia en una de monopolio. En ese contexto, el monopolio reduce la cantidad ofertada (de C_c a C_m) y se incrementan los precios (de P_c a P_m), produciéndose la pérdida de bienestar general (representada por el triángulo Y en el gráfico), tal como se ha explicado previamente.

Eficiencias vs. Pérdida de Bienestar



No obstante, según el modelo la concentración que da origen al monopolio también produce ganancias de eficiencia (representadas por el rectángulo Z en el gráfico), puesto que los ahorros generados permiten la reducción de los costos

marginales (de CM1 a CM2) y esto puede conllevar a una innovación o mejora de los productos o servicios ofrecidos por el monopolio. Entonces, si bien la concentración de empresas restringe la competencia e incrementa los precios, puede ser eficiente según el Óptimo Potencial de Pareto si en el balance las ganancias de eficiencia son mayores que la pérdida del bienestar social (o sea si el rectángulo Z es mayor que el triángulo Y).

El modelo de Williamson predecía que incluso ganancias de eficiencia relativamente pequeñas eran suficientes para contrarrestar grandes cantidades de ingresos monopólicos. Por ello, el referido autor planteaba que al evaluar las concentraciones de empresas bajo las NDC se debía tener especial consideración sobre las ganancias de eficiencia producidas⁵².

Este modelo fue ampliamente popularizado por Robert Bork, uno de los principales exponentes de la Escuela de Chicago.

Según Bork, el modelo de *trade off* entre competencia y bienestar podía utilizarse para ilustrar y analizar todos los problemas considerados por las NDC en tanto que muestra la relación entre los dos factores relevantes, esto es, la ineficiencia asignativa y la eficiencia productiva. Este autor entiende que la eficiencia productiva de las empresas debe medirse por su éxito en el mercado, es decir, por su capacidad para satisfacer a los consumidores. De este modo, la valoración de la ineficiencia asignativa y la eficiencia productiva es el tema central en el análisis de cualquier práctica empresarial que pueda calificarse de anticompetitiva, incluso si se trata de casos de monopolización o de carteles entre competidores⁵³.

Así, la eficiencia productiva considerada por Bork, que incluye la eficiencia dinámica, empezó a ser tan importante como la eficiencia asignativa según los planteamientos de la Escuela de Chicago. Este cambio de enfoque buscaba que al aplicar las NDC se considere que la búsqueda de eficiencia era un objetivo positivo en beneficio de los consumidores y no una forma de aventajar indebidamente a los rivales menos eficientes⁵⁴.

Los planteamientos de la Escuela de Chicago impulsaron que se generalice la idea de que las prácticas anticompetitivas deben analizarse haciendo un balance

⁵² Williamson (1968).

⁵³ Bork 1993: 105 y 108.

⁵⁴ Schmalensee 2008: 16-17.

entre los efectos restrictivos de la competencia que generan y las eficiencias que producen. Esto con el propósito de determinar si existe un beneficio neto resultante, pues de ser así la práctica debería considerarse eficiente –bajo la perspectiva del Óptimo Potencial de Pareto– y, por ende, válida en términos legales pese a que restrinja la competencia.

Si bien la valoración de las eficiencias generadas por las prácticas comerciales de las empresas es relevante, la idea de hacer un balance entre aquellas y la pérdida de bienestar social no es nada simple ni tampoco siempre posible.

De un lado, el propio Bork reconocía que el modelo sólo ilustra una relación entre la pérdida de bienestar social y las ganancias de eficiencia pero no cuantifica sus valores. En la práctica no se puede calcular matemáticamente el valor del rectángulo Z y del triángulo Y para saber cuál es mayor⁵⁵.

De otro lado, existen distintas razones que dificultan medir efectivamente los beneficios netos resultantes a través de este modelo⁵⁶. En primer lugar, es difícil identificar y dar valor a los ahorros de costos de producción que no pueden trasladarse instantáneamente a los precios del mercado, sino que sólo se pondrán de manifiesto mucho después⁵⁷.

En segundo lugar, el modelo asume que las ganancias de eficiencia se reflejan en todo el mercado a través de la única empresa que queda, porque parte del supuesto de que el mercado era competitivo y luego de la concentración queda monopolizado. Sin embargo, el paso de competencia a monopolio no es lo que usualmente ocurre en la práctica, por lo que el modelo tiende a sobreestimar las ganancias de eficiencia⁵⁸. En tercer lugar, la lógica del balance entre pérdida de bienestar general y ganancias de eficiencia sólo es razonable si existe justificación para hacer el balance. Es

⁵⁵ Bork 1993: 108 y 110.

⁵⁶ Hovenkamp 2005b: 28-30.

⁵⁷ Si una fusión puede generar un incremento de precios monopólicos en lo inmediato, pero permitirá mayor actividad de investigación y desarrollo con resultados significativos dentro de 10 años, la autoridad de defensa de la competencia debería efectuar un balance entre la restricción inmediata a la competencia y el prospecto de ganancias por innovación lejanas en el futuro y que incluso podrían nunca producirse.

⁵⁸ Es más frecuente que las concentraciones no produzcan un monopolio sino que reduzcan el número de participantes en el mercado. Por ello se las cuestiona porque pueden facilitar la colusión. De ocurrir la colusión, la misma produciría un incremento de los precios de todos los participantes del mercado, pero sólo quienes fueron parte de la concentración podrían argumentar que lograron ganancias de eficiencias.

decir, si las eficiencias podrían conseguirse por vías distintas a la restricción de la competencia, no habría razón para aceptar esta restricción porque las eficiencias se podrían obtener sin perjudicar el proceso competitivo⁵⁹.

Por todo lo expuesto, la aplicación de las NDC generalmente no incluye dentro del análisis el balance de eficiencias frente a perjuicios a la competencia, principalmente por la complejidad de realizarlo. En lugar de ello, lo que usualmente se hace es definir si la práctica empresarial amenaza con restringir la competencia. Si existe tal amenaza, se evalúa cuán probables son las ganancias significativas de eficiencia y si la restricción a la competencia es razonablemente necesaria para alcanzarlas. Si la respuesta a cualesquiera de estas cuestiones es negativa, la referida práctica es condenada. Si ambas respuestas son positivas y el caso es complejo, no se realiza el balance en cuestión, sino que lo habitual es que no se prohíba la conducta y que se prefiera confiar en que el mercado, en vez del Estado, encuentre el balance adecuado⁶⁰.

5.2. Alcances sobre el bienestar del consumidor

a) Bienestar del consumidor y bienestar general

En principio, dado que la eficiencia asignativa maximiza el bienestar general de la sociedad, en términos económicos lo más conveniente sería que el objetivo de las NDC fuera promover el bienestar general.

El bienestar del consumidor se mide a través del excedente del consumidor, como beneficio neto agregado que reciben los consumidores por comprar un bien particular en un determinado mercado (la disposición a pagar o valoración total menos el costo de adquirir el bien). El bienestar del productor se mide a través del excedente del productor, como beneficio total neto de los productores al vender un bien. El bienestar general es la suma del excedente del consumidor y del productor. La competencia maximiza el tamaño del bienestar general, porque se producen cantidades óptimas de bienes por el número adecuado de empresas eficientes minimizadoras de costos⁶¹.

⁵⁹ Por ejemplo, si se trata de actividades de investigación y desarrollo entre competidores, en vez de fusionarse o de coordinar sus procesos de producción bastaría que realicen la investigación en conjunto y que establezcan un acuerdo para otorgar a un tercero la licencia de los resultados positivos obtenidos de la investigación.

⁶⁰ Hovenkamp 2005a: 30.

⁶¹ Blair y Kaserman (2009) p. 23.

Según se observa, el punto de equilibrio que genera la competencia entre el precio igual al costo marginal y la producción de la cantidad óptima se identifica con la eficiencia asignativa (que se mide a través del Óptimo Potencial de Pareto). A su vez, la eficiencia asignativa es equivalente a la maximización del bienestar general, que es el conjunto del excedente del consumidor y del excedente del productor. Consecuentemente, el bienestar del consumidor no es equivalente a la eficiencia asignativa.

Existen importantes razones a favor de que el objetivo de las NDC sea el bienestar general⁶²:

- el estándar de maximización del bienestar del consumidor tiende a favorecer las reducciones de precios de corto plazo por sobre las eficiencias de largo plazo que en último término benefician más al consumidor⁶³;
- a diferencia del estándar de bienestar del consumidor, el estándar de bienestar general no muestra preferencia por ningún grupo de agentes del mercado, lo cual es consistente con el hecho de que las transacciones generalmente se realizan entre empresas que actúan como proveedores y como consumidores o clientes;
- si sólo importa el bienestar del consumidor, entonces las prácticas anticompetitivas incurridas por empresas que actúan como compradores – monopsonio o un cartel de compra conjunta– no serían cuestionables porque las NDC no se aplicarían contra actos que perjudiquen a los vendedores.

No obstante, también existen razones para sustentar que el objetivo de las NDC sea el bienestar del consumidor. De un lado, se señala que si bien la elección entre bienestar del consumidor y bienestar general puede ser importante en ciertos casos, muchas veces la distinción no llega a ser medular en la práctica pues ambos llevan a

⁶² Carlton (2007) pp. 157-158.

⁶³ Bajo el estándar del bienestar del consumidor la autoridad de defensa de la competencia limita su revisión por lo general a los ahorros sobre los costos variables o marginales en períodos cortos (por ejemplo dos años) que pueden ser trasladados a los consumidores; dejando de lado los ahorros en costos fijos porque se asume que no son trasladados a los consumidores. Sin embargo, los ahorros de costos fijos pueden dar lugar a investigación y desarrollo que genere nuevos productos que beneficien al consumidor, sobre todo en industrias con altos costos fijos. Por el contrario, bajo el estándar del bienestar general se considerarían como eficiencias tanto los ahorros en costos variables como fijos, incluso en un período corto de tiempo.

resultados similares⁶⁴. De otro lado, se afirma que para las autoridades de defensa de la competencia es más viable encontrar las eficiencias de corto plazo de las prácticas empresariales porque cuentan con suficiente información sobre cómo esas prácticas afectan los precios en el mercado y con ello perjudican a los consumidores; mientras que les resulta mucho más complejo medir las ganancias de eficiencia que puedan obtener las empresas que determinen un mayor bienestar general⁶⁵.

En todo caso, debe reconocerse que no toda situación que maximiza el bienestar del consumidor es equivalente a una que maximiza el bienestar general. La eficiencia asignativa se maximiza cuando la suma del excedente del consumidor y del productor es mayor, mientras que el bienestar del consumidor se maximiza cuando el excedente del consumidor es mayor. En tal sentido, como regla general una situación que maximiza el bienestar general puede ser más eficiente que una que maximice solamente el bienestar del consumidor⁶⁶.

No obstante lo anterior, los planteamientos de la Escuela de Chicago dejaron de lado la diferencia entre bienestar general y bienestar del consumidor, haciendo equivalentes terminológicamente la eficiencia asignativa y el bienestar del consumidor. Con el tiempo, la mayoría de países que utiliza un criterio de bienestar para guiar la aplicación de las NDC ha optado por considerar como su objetivo el bienestar del consumidor, siendo más bien pocos los que toman en cuenta de modo explícito el bienestar general, como sucede con Canadá y Nueva Zelanda⁶⁷.

En tal sentido, puede afirmarse con Hovenkamp que dada la gran complejidad de identificar las prácticas empresariales que producen eficiencia asignativa – lo que requiere la difícil medición de los beneficios netos resultantes a través de mecanismos como el modelo de intercambio de bienestar– la aplicación de las NDC ha terminado articulándose sobre el concepto de bienestar del consumidor como sustituto del Óptimo Potencial de Pareto⁶⁸.

⁶⁴ Schmalensee (2008) p13.

⁶⁵ Carlton (2007) p159.

⁶⁶ Hovenkamp (2005a) p77. Una situación en que el excedente del consumidor es equivalente a 10 unidades (triángulo W) y el excedente del productor es equivalente a 5 unidades (rectángulo X), es más eficiente que otra situación en que el excedente del consumidor es equivalente a 12 unidades y el excedente del productor es equivalente a 1 unidad. Sin embargo, en la segunda situación se maximiza el bienestar del consumidor.

⁶⁷ Carlton (2007) p157. Schmalensee (2008) p13.

⁶⁸ Hovenkamp (2005a) p76.

b) Complejidades del objetivo del bienestar del consumidor

La elección del bienestar del consumidor como guía de las NDC permite su aplicación consistente con un solo objetivo, dejando de lado otros fines que pueden resultar contradictorios con aquel, y sienta bases para una interpretación más objetiva de tales normas utilizando teorías y herramientas económicas.

Sin embargo, al considerar que el objetivo de las NDC es la maximización del bienestar del consumidor su aplicación queda condicionada a un considerable grado de incertidumbre, precisamente porque exige el respaldo de teorías económicas que por lo general no ofrecen resultados unívocos y concluyentes.

En efecto, una vez que se decide que el objetivo principal de las NDC es el bienestar del consumidor, el análisis económico adquiere un papel central en la toma de decisiones⁶⁹. Pero los propios economistas reconocen que el análisis económico no permite definir concluyentemente que una posición es cierta y que las demás no lo son; por lo que sólo debe esperarse que la economía informe la aplicación de las NDC poniendo de manifiesto las diferencias en los resultados de los análisis realizados, así como las probables razones por las que tales diferencias no pueden ser resueltas⁷⁰.

Como se sabe, las teorías económicas no sólo son complejas sino que muchas veces resultan insuficientemente robustas para definir las decisiones en materia de competencia. Usualmente se piensa que las pruebas empíricas son medios rigurosos para excluir hipótesis alternativas, demostrando que una determinada explicación de los hechos es la correcta. Sin embargo, los economistas pueden producir información que sea consistente con una teoría, mas no pueden descartar explicaciones alternativas. Consecuentemente, hay muchos casos en que conductas particulares tienen más de una explicación sin que se pueda descartar completamente las alternativas⁷¹.

⁶⁹ Monti (2007) p. 21.

⁷⁰ Scherer (2008) p. 31.

⁷¹ Hovenkamp (2005b) pp. 45-49. Consecuentemente, lo que plantea este autor es que si la autoridad de defensa de la competencia no encuentra una teoría suficientemente robusta que explique por qué una conducta es anticompetitiva ni verifica hechos no controvertidos que apoyen la aplicación de tal teoría, entonces la condena de las prácticas empresariales no sería justificada. En esta perspectiva, planteamientos más laxos como los de la Escuela de Chicago pueden resultar convenientes, incluso si algunos comportamientos anticompetitivos sustanciales no resultan castigados, cuando éstos no puedan reconocerse y remediarse con

En tal sentido, al perseguir el objetivo del bienestar del consumidor la aplicación de las NDC se hace más objetiva, pero también se vuelve más compleja y genera mayores riesgos de error por el tipo de herramientas de análisis que utiliza, las mismas que no siempre permiten arribar a conclusiones unívocas.

Por ello, la elección del objetivo del bienestar del consumidor exige que las autoridades de defensa de la competencia adopten una posición sobre el nivel admisible de intervención en el mercado a través de las NDC. Debe tenerse en cuenta que las bondades de lograr ese objetivo están fuera de duda y las distintas posiciones que existen sobre cuál es la mejor forma de aplicación de las NDC no pone en tela de juicio que deba buscarse dicho objetivo.

Así, por ejemplo, las tres principales concepciones existentes a la fecha sobre la aplicación de las NDC en Estados Unidos (Escuela de Chicago, Escuela de Harvard y la alternativa Post-Chicago) coinciden en que el objetivo debe ser proteger el bienestar del consumidor. No obstante, tales posiciones se distinguen en los supuestos que asumen sobre la complejidad y robustez del mercado para lograrlo, así como en su evaluación sobre la capacidad de las autoridades de competencia – principalmente las Cortes– para corregir las fallas de mercado⁷².

Una alternativa posible que permitiría conciliar el propugnado objetivo de bienestar del consumidor con el de bienestar general, sería concebir el primero como un concepto de bienestar potencial en el largo plazo. En este escenario, por ejemplo, es posible que ciertas conductas cooperativas puedan afectar al consumidor en el corto plazo pero, a través de la innovación, traducirse en el futuro en una mejora del bienestar del consumidor. En el presente ejemplo, incluso haciendo uso del criterio de Kaldor Hicks, bastaría con comprobar que los beneficios potenciales futuros para el consumidor serían mayores.

suficiente confianza. Sin embargo, el autor plantea que también debe reconocerse que los planteamientos de la alternativa Post-Chicago han mejorado notoriamente sus técnicas de análisis empírico, permitiendo identificar conductas anticompetitivas de modo más predecible a través de refinados análisis económicos. Consecuentemente, también se amerita diseñar reglas de aplicación de las NDC que reconozcan estos avances.

⁷² Hovenkamp (2005b) p. 31. En términos generales Amato plantea que todo pasa por una decisión de política, en la que existen dos tendencias típicas. De un lado, la que tiene más reparos frente al poder privado y para controlarlo está dispuesta a dar mayor campo al poder del Estado; y de otro la que teme más la expansión del poder del Estado y por ello está dispuesta a tolerar más el poder privado. Amato (1997) p. 4.

Siendo el objetivo de las NDC un tema controversial, las posiciones son diversas. Fox (2008) por ejemplo, plantea que a partir de los años ochenta en adelante en Estados Unidos se ha pasado de una posición ineficiente, representada por demasiada aplicación de las NDC sin considerar los incentivos y las eficiencias de las empresas dominantes, a otra posición también ineficiente, reflejada en una reducida aplicación de dichas normas, por no considerar los incentivos y la eficiencia de las empresas sin poder de mercado. Por ello la referida autora señala que se produce una “*paradoja de la eficiencia*” pues se ha pasado de una noción de NDC que sólo buscan la competencia a una noción de NDC que sólo buscan la eficiencia. Según Fox, la posición que actualmente existe en Estados Unidos presume que las prácticas de las empresas son eficientes mientras que el accionar del Estado –a través de las NDC– es usualmente ineficiente⁷³.

En consecuencia, la elección del objetivo de maximización del bienestar del consumidor no libera a las autoridades de la difícil decisión sobre el grado admisible de intervención en el mercado, decisión que finalmente determina el carácter y alcances de la aplicación de las NDC. Si se tiene confianza suficiente en los mecanismos de mercado, la aplicación de las NDC otorgará mayor libertad a las empresas para operar en competencia; mientras que si existe menor confianza en el mercado, se optará por una mayor intervención para supervisar que las empresas actúen de conformidad con la búsqueda de dicho objetivo.

Finalmente, el objetivo de maximización del bienestar del consumidor tampoco es receta suficiente para guiar todas las decisiones de la autoridad de defensa de la competencia.

Al respecto, incluso en las jurisdicciones que definen las NDC como una prescripción de bienestar del consumidor (en vez de una prescripción de bienestar general) pocas se concentran únicamente en si el excedente del consumidor se amplía. Más bien, valoran la posibilidad de elección del consumidor, en términos de variedad de bienes y de la autonomía de los consumidores para elegir. Asimismo, valoran los incentivos del productor a invertir e innovar, lo que usualmente va en beneficio del consumidor⁷⁴.

De otro lado, si bien la determinación de precios consistentes con una asignación eficiente de recursos requiere (en ausencia de fallas de mercado) que las

⁷³ Fox (2008) pp. 77 y 81.

⁷⁴ Fox (2008) p. 78.

empresas compitan, la innovación óptima requiere una combinación más compleja de competencia y muchas veces de cooperación entre las empresas, para labores de investigación y desarrollo. En ciertos casos, las NDC no pueden limitarse a propugnar o promover la existencia de una multiplicidad de pequeñas empresas forzadas a competir entre ellas. Estas empresas pueden competir pero los productos seguir siendo costosos, y la economía puede perder mucha de la innovación que es capaz de producir. Por ello, Hovenkamp es directo al señalar que “(...) *la prescripción general de que las normas de competencia deben maximizar el bienestar de los consumidores nos da muy poca orientación para desarrollar reglas que faciliten el balance apropiado entre competitividad y progreso*” (traducción libre)⁷⁵.

De acuerdo con todo lo expuesto, el objetivo de maximización del bienestar del consumidor sujeta la aplicación de las NDC a un considerable grado de incertidumbre y error; por ello exige adoptar una posición sobre el grado de intervención óptimo en el mercado a través de las NDC y, finalmente, no siempre ofrece una solución para la toma de decisiones de la autoridad de defensa de la competencia sobre el balance entre las ventajas que ofrecen las prácticas empresariales en el corto plazo (vía reducciones de precios u otros) y en largo plazo (vía innovación).

VI. Interpretando el objetivo y las prohibiciones del DL 1034

Para concluir, corresponde plantear y analizar aquellos aspectos relacionados con el objetivo del DL 1034 que requieren ser desarrollados por la jurisprudencia, así como la forma en que pueden o deben interpretarse las conductas prohibidas por el DL 1034 a la luz de ese objetivo.

6.1. Bienestar del consumidor o bienestar general

Como ya se ha comentado, el DL 1034 prohíbe un conjunto de prácticas empresariales anticompetitivas, con la finalidad de promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores.

Al respecto, corresponde precisar, en primer lugar, que la eficiencia económica y el bienestar del consumidor se logran sólo indirectamente a través del DL 1034. Tanto la eficiencia económica como el bienestar del consumidor no se logran mediante las NDC sino vía el proceso de competencia que se despliega en el mercado. El DL 1034 prohíbe y sanciona las prácticas anticompetitivas para proteger así el

⁷⁵ Hovenkamp (2005b) p. 14.

proceso de competencia y de esta forma promueve, indirectamente, la eficiencia económica para el bienestar del consumidor.

En segundo lugar, debe señalarse que el enunciado de la finalidad del DL 1034 contiene una confusión terminológica derivada de los planteamientos de la Escuela de Chicago, que equiparan la eficiencia asignativa y el bienestar del consumidor. Esta confusión se encuentra también en los referentes normativos de los que se nutre el DL 1034, que son el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito por Perú y Estados Unidos de América APC Perú - EEUU y la Decisión 608 de la Comunidad Andina. En ambos documentos se hace la misma referencia al bienestar del consumidor y a la eficiencia económica. Esta confusión terminológica da lugar a que pueda interpretarse que a través del DL 1034 se busca el bienestar del consumidor o el bienestar general.

La exposición de motivos del DL 1034 señala que la ley busca promover la eficiencia económica en sus tres manifestaciones: eficiencia productiva, asignativa y dinámica. Como se ha explicado, una situación de competencia perfecta produce eficiencia asignativa, lo que es equivalente a la maximización del bienestar general. En tal sentido, podría plantearse que a través del DL 1034 se busca el bienestar general como equivalente a la eficiencia asignativa.

Sin embargo, la finalidad del DL 1034 indica que se busca promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores, que como ya se ha explicado es distinto al bienestar general. El bienestar general se mide sumando el excedente del consumidor y del productor; mientras que el bienestar del consumidor se mide únicamente con el excedente del consumidor. En principio, la ley no puede promover el bienestar general (como eficiencia asignativa) para lograr el bienestar de los consumidores, porque el bienestar general incluye ya una medida del bienestar del consumidor.

La confusión terminológica entre eficiencia asignativa y bienestar del consumidor puede hacer más compleja la aplicación del DL 1034, considerando no sólo la posibilidad de distintos escenarios de eficiencia sino el enfoque de corto o largo plazo que caracteriza cada uno de esos conceptos.

Debe tenerse en cuenta que si bien en muchos casos los resultados del bienestar general no difieren de los del bienestar del consumidor, en determinados supuestos una situación que maximiza el bienestar general puede ser más eficiente que una que maximiza solamente el bienestar del consumidor. Además, la valoración de los

efectos de las prácticas empresariales suele ser distinta en función a si se privilegia el bienestar del consumidor o el bienestar general. Si se prioriza la maximización del bienestar del consumidor se valoran principalmente los efectos de corto plazo de las prácticas empresariales, reflejados en los precios u otras condiciones de venta. En cambio, si se prioriza el bienestar general se suelen considerar los efectos de largo plazo relacionados en gran medida con la innovación.

No se debe descartar, además, la existencia de casos en que perjuicios al consumidor derivados de conductas cooperativas (u otras restricciones a la competencia) en el presente, puedan ser más que compensados por beneficios futuros. Ello es posible en el caso *clusters* de innovación o joint ventures para el desarrollo de nuevas tecnologías, cuando este tipo de configuración industrial puede dar lugar a nuevos productos y procesos, que de otro modo no serían alcanzables.

En consecuencia, será necesario que en la aplicación del DL 1034 se defina razonadamente si el objetivo de la norma es el bienestar general o el bienestar del consumidor, de qué manera éstos pueden conciliarse o en todo caso cuál de estos conceptos tiene prioridad como objetivo de la ley.

6.2. Efecto neto de las prácticas bajo prohibición relativa

Previamente se ha explicado que la mayoría de prácticas anticompetitivas prohibidas por el DL 1034 se sujeta a prohibición relativa, lo que supone analizar si la práctica empresarial en cuestión produce o puede producir efectos negativos sobre la competencia y el bienestar de los consumidores.

La exposición de motivos del DL 1034 señala que las prácticas sujetas a prohibición relativa pueden justificarse por razones de eficiencia, por lo que corresponde que se analice su efecto neto. Esto significa que si una conducta puede ocasionar perjuicios para la competencia y los consumidores, y a la vez ganancias en eficiencia, solamente se considere como una infracción si los efectos positivos de la referida conducta son menores que los efectos negativos que produce.

Como ya se ha comentado, la lógica de identificar el efecto neto de las prácticas empresariales, comparando los efectos perjudiciales para la competencia y los consumidores frente a las ganancias de eficiencia, fue puesta en boga por la Escuela de Chicago basándose en el modelo de *trade off* entre competencia y bienestar propuesto por Williamson (1968). Si bien estos planteamientos son bastante sugerentes, en la práctica no es nada fácil identificar a todos los perjudicados y beneficiados por

las conductas empresariales y, menos aún, realizar una valoración adecuada sobre los perjuicios y las ganancias de eficiencia derivadas de tales conductas. En otras palabras, la medición del efecto neto de las prácticas empresariales no resulta viable en gran parte de casos.

En tal sentido, pese a las buenas intenciones –plasmadas en la exposición de motivos del DL 1034– para que las prácticas anticompetitivas sujetas a prohibición relativa sean analizadas según el efecto neto que producen, la experiencia muestra que la complejidad de efectuar el balance entre eficiencias y perjuicios inhibe a las autoridades de defensa de la competencia de hacerlo. Pueden entenderse entonces que lo mismo suceda con las instancias del INDECOPI. Al respecto, es importante mencionar que el INDECOPI ha tramitado un número considerable de denuncias por abuso de posición dominante, pero sólo un número limitado han sido declaradas infundadas. Adicionalmente, en casi ningún caso la autoridad peruana ha logrado hacer un análisis cuantitativo que compare los perjuicios de la práctica denunciada frente a sus potenciales eficiencias (en caso estas existan).

Consecuentemente, lo que debería esperarse del análisis de las conductas sujetas a prohibición relativa bajo el DL 1034 es que cuando las instancias del INDECOPI identifiquen que una conducta restringe la competencia, procedan a condenarla si descartan que producirá ganancias significativas de eficiencia o que la restricción de la competencia que ocasiona es razonablemente necesaria para alcanzar tales eficiencias.

Por el contrario, si las instancias del INDECOPI encuentran que la conducta va a producir ganancias significativas de eficiencia y que la restricción de la competencia es necesaria para alcanzarlas, lo más probable –o tal vez lo más aconsejable– será que en vez de aventurarse a tratar de identificar el efecto neto de la conducta simplemente no la prohíban, confiando en que el mercado producirá una mejor solución que la que podría obtenerse con la aplicación del DL 1034.

6.3. Eficiencia económica en la prohibición general de prácticas anticompetitivas

Las cláusulas generales de prohibición de actos de abuso de posición de dominio y de prácticas colusorias horizontales contenidas en el DL 1034 hacen referencia expresa a que las conductas prohibidas busquen la exclusión de competidores o la obtención de beneficios por razones distintas a una mayor eficiencia económica.

Según se ha comentado, la eficiencia económica se manifiesta en la producción al mínimo costo (eficiencia productiva), en la innovación constante para mantener a los clientes (eficiencia dinámica), y en la distribución óptima de los recursos productivos según sus usos más valiosos (eficiencia asignativa). Dado el distinto carácter de las manifestaciones de la eficiencia económica, será necesario que en la aplicación del DL 1034 se identifique cuál de esas manifestaciones debe considerarse al evaluar las conductas que se encuentran sujetas a las prohibiciones generales antes indicadas.

El sentido de las prohibiciones generales de prácticas anticompetitivas es que las empresas pueden excluir a competidores u obtener beneficios si ello se deriva de la mayor eficiencia que despliegan en el mercado para ganar la preferencia o fidelidad de los clientes. Esto no es otra cosa que el denominado daño concurrencial, que es lícito por naturaleza. Por el contrario, las empresas están prohibidas de excluir a competidores o de obtener beneficios si lo hacen valiéndose de prácticas indebidas y no por sus propios méritos.

De este modo, debe entenderse que la mayor eficiencia económica considerada en las prohibiciones generales de actos de abuso de posición de dominio y de prácticas colusorias horizontales contenidas en el DL 1034, hace referencia, principalmente, a la eficiencia productiva y dinámica que pueden lograr las empresas en el mercado para satisfacer las expectativas de los consumidores, y no a la eficiencia asignativa que es el resultado óptimo de una situación de competencia.

VII. Comentarios finales

El objetivo de la ley de competencia peruana es promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores. El enunciado de este objetivo constituye un importante avance y se alinea con la tendencia generalizada y actual. No obstante, sólo es un punto de partida para un nuevo desarrollo de criterios de análisis sobre una materia tan compleja.

En efecto, la norma se vale de conceptos económicos que no necesariamente tienen un significado unívoco, siendo que los términos utilizados (“eficiencia económica” y “bienestar del consumidor”) pueden generar incertidumbres que deben ser dilucidadas en la aplicación de la ley.

Asimismo, corresponderá a la jurisprudencia interpretar los alcances del término “eficiencia” que se encuentra como parte del enunciado de las prácticas

prohibidas. Es decir, si se trata de una medida de eficiencia productiva, asignativa o dinámica.

Finalmente, también deberá ser objeto de desarrollo jurisprudencial la manera en que se determinará que las prácticas sujetas a prohibición relativa son ilícitas. Esto último supone, en principio, la compleja tarea de comparar y sopesar los efectos restrictivos de la competencia frente a las posibles eficiencias derivadas de las prácticas comerciales. Como se ha señalado en este trabajo, esta tarea no es realizada por completo ni siquiera por las autoridades de competencia con más años de trayectoria en el mundo.

Se entiende entonces que en realidad el enunciado del objetivo de la ley peruana de competencia sea, a la vez, un punto de partida y un enorme reto para el INDECOPI en el ejercicio de sus potestades.

Referencias

- AMATO, Giuliano (1997). *Antitrust and the bounds of power: The dilemma of liberal democracy in the history of the market*. Gran Bretaña: Hart Publishing.
- BALDWIN, SCOTT y HOOD (1998). *Reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- BLAIR, R. y KASERMAN, D. (2009). *Antitrust economics*. Nueva York: Oxford University Press.
- BORK, Robert (1993). *The Antitrust Paradox*. Nueva York: The Free Press.
- BREYER, Stephen (1982). *Regulation and its reform*. Estados Unidos de América: Harvard University Press.
- (2006). *Analizando el fracaso en la regulación: Sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma*, pp. 7-42. En: Lima: Themis N° 52.
- BULLARD, Alfredo (2003). *El regreso del jedi (o de la discrecionalidad en la aplicación de las normas de libre competencia)*, pp. 129-158. En: Lima: Themis N° 47.

- CARLTON, Dennis (2007). *Does antitrust need to be modernized?* pp. 155-176. En: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21, N° 3 (Summer).
- CARLTON, D. y PERLOFF, J. (2000). *Modern industrial organization*, tercera edición. Estados Unidos de América: Addison-Wesley.
- DIEZ CANSECO, Luis (s/f). “¿Qué protege la libre competencia? Una perspectiva histórica”, pp. 17-28. En: *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis.
- DIEZ CANSECO, L. y PASQUEL, E. (2004). *Precios abusivos: Una mirada a la luz del derecho comparado*, pp. 347-379. En: Lima: *Advocatus* N° 10.
- FERNÁNDEZ BACA, Jorge (2006). *Organización industrial*. Lima: Universidad del Pacífico.
- FOX, Eleanor (2002). *What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect*, pp. 371-406. En: *Antitrust Law Journal* N° 70.
- (2008). “The Efficiency Paradox”, pp. 77-88. En: Pitofsky (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: The effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Nueva York: Oxford University Press.
- HOOD, ROTHSTEIN y BALDWIN (2001). *The government of risk: Understanding risk regulation regimes*. Oxford: Oxford University Press.
- HOVENKAMP, Herbert (2005a). *The antitrust enterprise: Principle and execution*. Estados Unidos de América: Harvard University Press.
- (2005b). *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 3ra edición. Estados Unidos de América: West Publishing Co.
- KHEMANI, Shyam (1993). “Objetivos de la Política de Competencia”, pp. 17-47. En: *Planeación y desarrollo: Promoción de la competencia y desarrollo económico*, Vol. XXIV, N° 2.
- LANDE, Robert (1982). *Wealth transfers as the original and primary concern of antitrust: The efficiency interpretation challenged*. En: *Hastings Law Journal*, Nro 34.

- MARTÍNEZ, M. y QUINTANA, E. (2007). *La necesidad de tomar nuevos rumbos en la aplicación de políticas de competencia en el Perú: a propósito de las prácticas anticompetitivas de precios*, pp. 116-136. En: Lima, Derecho & Sociedad N° 28.
- MONTI, Giorgio (2007). *EC competition law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MOTTA, Massimo (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MURRAY, A. y SCOTT, C. (2002). *Controlling the new media: Hybrid responses to new forms of power*, pp. 491-516. En: The Modern Law Review, Vol. 65 N° 4 (Julio).
- OGUS, Anthony (2004). *Regulation: Legal form and economic theory*. Gran Bretaña: Hart Publishing Co.
- (2007). *Estructuras e instituciones regulatorias*, pp. 273-285. En: Lima, Themis N° 54.
- QUINTANA, Eduardo (2003). *¿Es la política de competencia supletoria de la regulación de telecomunicaciones?*, pp. 95-124. En: Lima, Ius Et Veritas N° 27.
- (2008). *Normas de competencia en industrias reguladas*, pp. 117-143. En: Lima: Revista de Economía y Derecho, Vol. 5, N° 19.
- QUINTANA, E. y VILLARÁN, L. (2008). *Sobre la prohibición de abuso de posición de dominio sin necesidad de probar relación de competencia*, pp. 317-326. En: Lima: Derecho & Sociedad N° 31.
- QUINTANA, E. y CARRASCO, M. (2009). *Regulación en tiempos de escasez: Asignación de gas natural para la generación de energía eléctrica*. En: Lima: Revista de Derecho Administrativo N° 8.
- ROSS, Stephen (1993). *Principles of antitrust law*. Nueva York: The Foundation Press.

- SCHERER, F.M. (2008). “Conservative economics and antitrust: A variety of influences”, pp.30-39. En: Pitofsky (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: The effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Nueva York: Oxford University Press.
- SCHMALENSEE, Richard (2008), “Thoughts on the Chicago legacy in U.S. antitrust”, pp. 11-23. En: Pitofsky (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: The effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Nueva York: Oxford University Press.
- SCOTT, Colin (2000). *Services of general interest in EC law: Matching values to regulatory technique in the public and privatised sectors*, pp. 310-325. En: *European Law Journal*, Vol. 6, N° 4 (December).
- VISCUSI, VERNON y HARRINGTON (1997). *Economics of regulation and antitrust*. Segunda Edición. Massachusetts: The MIT Press.
- WHISH, Richard (2009). *Competition law, sexta edición*. Gran Bretaña: Oxford University Press.
- WILLIAMSON, Oliver (1968). *Economies as an antitrust defense: The welfare tradeoffs*, pp. 18-36. En: *The American Economic Review* Vol. 58, N° 1.