



PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Compendio de Doctrina,
Legislación y Jurisprudencia





PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Compendio de Doctrina,
Legislación y Jurisprudencia



PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

**COMPENDIO DE DOCTRINA,
LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**

Director:

Luis Carlos Santa María Mecq

Editor:

Manuel Antonio Ledesma Jacinto

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú: 2006-2332

© 2006 EDITORA NORMAS LEGALES S.A.C.

Jr. Mariscal de Orbegoso N° 338 Trujillo Perú

Telfs. (044) 241418 Telefax: (044) 257509

ventas@normaslegales.com

ISBN N° 9972-605-39-6

Diseño Carátula:

Eduardo A. Castro Joulain

Diagramación:

Rocío Rodríguez Quiñones

Imprime:

EDITORA NORMAS LEGALES SAC.

¿CÓMO TUTELA LA LEGISLACIÓN DE LIBRE COMPETENCIA AL CONSUMIDOR?

Hugo GÓMEZ APAC*

SUMARIO: 1. El bienestar de los consumidores. 2. Competencia, eficiencia económica y consumidores. 3. Las conductas que restringen las opciones de elección del consumidor. 4. Las prácticas explotativas: oportunidad para combatir monopolios legales. 5. La política de competencia y otras políticas.

¿Qué tipo de regulación debe existir para que los consumidores tengan el máximo bienestar posible? Para responder esta pregunta primero debiéramos tratar de entender qué significa que los consumidores tienen el máximo bienestar posible o cuál es una situación en la que, por lo menos teóricamente, dicho bienestar es el máximo posible.

* Abogado egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asesor de la Gerencia Legal del INDECOPI. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Ex - Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI.

Las opiniones vertidas por el autor son de su exclusiva responsabilidad y no comprometen a algún órgano funcional o administrativo del INDECOPI.

1. El bienestar de los consumidores

Podría pensarse que los consumidores estarán en la mejor situación posible si ellos tienen a su alcance todos los productos y servicios que desean. Esto es cierto y también no lo es. Es cierto porque nadie dudaría en sostener que los consumidores serán completamente felices si pudieran adquirir todos los bienes o servicios que desean. No es cierto porque esta utopía parte de considerar que los recursos no son escasos, que los consumidores tienen un poder adquisitivo ilimitado y que en el mercado hay tal variedad de bienes y servicios que hasta los consumidores más excéntricos podrán adquirir sus excentricidades.

La realidad, lamentablemente, no es así. Los recursos son escasos, los consumidores tienen una limitada capacidad de gasto (y en nuestro país, en particular, dicha capacidad es bastante limitada) y las empresas no pueden satisfacer todos los gustos sino sólo los mayoritarios.

Si bien las políticas públicas deben tratar de mejorar la situación de los ciudadanos, es imposible, con la técnica actual y en tanto el comportamiento humano no cambie drásticamente (me refiero, aunque no despectivamente, a su naturaleza egoísta), que el Estado pueda hacer completamente felices a los ciudadanos, aunque ciertas ideologías políticas pretendan sostener que sí. Lo que sí puede hacer el Estado es diseñar políticas que tiendan a mejorar el bienestar de la sociedad en su conjunto, aunque ello signifique situaciones imperfectas en las que unos tengan más que otros. Y es que el Estado no puede lograr, ni siquiera en los países más desarrollados (económicamente), que todos los ciudadanos tengan un adecuado e idéntico nivel de riqueza¹. Sin embargo, sí tiene el deber -pues para eso existe el

¹ Salvo ideologías trasnochadas como el comunismo, que en la realidad tampoco logró su objetivo de igualar la riqueza, pues en los países donde esta ideología se consolidó hubo personas, los miembros de las cúpulas del partido de gobierno, que tuvieron mucho más que la mayoría de sus conciudadanos.

Estado- de hacer el máximo esfuerzo para disminuir las desigualdades, en el sentido de crear incentivos, oportunidades o ventajas para que los que tienen menos tengan más.

En términos económicos, el máximo bienestar de los consumidores significa que ellos tienen la posibilidad de adquirir en el mercado bienes y servicios al menor precio posible, con la mejor calidad y en mayor variedad, aunque ello dependerá ciertamente de los gustos y preferencias de los consumidores y, por su puesto, de su capacidad adquisitiva. Dicha situación de bienestar, por su parte, dependerá sustancialmente del comportamiento de las empresas. Si estas compiten por captar las preferencias de los consumidores, dicha competencia generará los incentivos necesarios para reducir costos y así reducir precios, mejorar la calidad de los productos o innovar nuevos productos, así como tratar de que los productos lleguen de la manera más rápida y fácil a las manos de los consumidores.

2. Competencia, eficiencia económica y consumidores

La competencia, el proceso competitivo, como queramos llamarlo, es un proceso natural del mercado que tiende a mejorar el bienestar de los consumidores. Es por esta razón que en nuestro país, y en otras legislaciones del mundo, la competencia es vista como un bien jurídico que debe ser tutelado, como una institución que debe ser protegida por el ordenamiento jurídico. En nuestro caso, la defensa de la competencia tiene asidero constitucional y legal. El artículo 61 de la Constitución Política señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia. El Decreto Legislativo 701 prohíbe y sanciona las conductas que lesionan la competencia.

De manera sistemática el poder constituyente y el legislador han diseñado una política pública, denominada política de competencia, que tiene por objeto defender el proceso competitivo en los mercados con el fin de mejorar el bienestar de los consumidores. Podría pensarse que dicha política protege de manera directa al

consumidor, dado que su propósito es precisamente la mejora del bienestar de éste. Sin embargo, este enfoque es equivocado, pues no toma en cuenta un elemento intermedio entre el proceso competitivo, que es el bien tutelado por la política pública, y el bienestar de los consumidores, que es el resultado final pretendido por dicha política.

Ese elemento intermedio es la eficiencia económica, es decir, la eficiencia que es resultado del proceso competitivo y que trae como consecuencia el máximo bienestar de los consumidores. En efecto, la competencia genera eficiencias económicas y estas eficiencias tienen la capacidad de mejorar el bienestar de los consumidores. Hace un momento nos hemos referido a las eficiencias cuando hemos dicho que las empresas en competencia tienen incentivos para producir al menor costo posible.

En términos sencillos "eficiencia económica" significa que un recurso es asignado de un menor valor a un mayor valor. En términos del proceso productivo significa que el empresario combina de tal manera los factores de producción que logra producir con la menor cantidad de insumos el mayor número de unidades posible. Este es un ejemplo de eficiencia productiva. Esta eficiencia se traducirá en la posibilidad de ofrecer al mercado el producto a un menor precio que el ofrecido por las empresas rivales y así obtener la preferencia de los consumidores.

La competencia incentiva a las empresas a ser más eficientes, incentiva reducción de costos (eficiencia productiva) e innovación (eficiencia innovativa). Estas eficiencias son susceptibles de ser trasladadas a los consumidores, en la medida que éstos conseguirán en el mercado bienes y servicios más baratos, en mayor variedad, con mejor calidad, etc.

- 6 La legislación de defensa de la libre competencia no tutela al consumidor, tutela el proceso competitivo. Es el proceso competitivo, a través de las eficiencias económicas, que mejora el bienestar de los consumidores. En ese sentido, lo que la legislación de

competencia busca es que el consumidor tenga opciones de elección, que el consumidor, como soberano del mercado, tenga la real posibilidad de elegir entre una variedad de ofertas aquella que se ajuste más a sus preferencias y capacidad de gasto.

3. Las conductas que restringen las opciones de elección del consumidor

Desde esa perspectiva, la legislación de competencia prohíbe y sanciona las prácticas colusorias, como un acuerdo de precios (un cártel). El efecto nocivo del cártel es que elimina el proceso competitivo, y con ello las posibilidades de elección del consumidor. Cuando varias empresas se ponen acuerdo en el precio del producto que ofrecen en el mercado, la idea que subyace a dicho acuerdo es “dejar de competir y comportarse como un monopolio”. Si las empresas compitieran, el consumidor podría elegir el producto que más le conviene, en términos de precio y calidad. Al dejar de competir, el consumidor tiene que pagar el precio impuesto por el cártel, tiene que pagar el precio impuesto por el “monopolio”, que es un precio monopólico y por ende muy por encima de un precio en competencia, situación completamente alejada al bienestar del consumidor.

En nuestro ordenamiento jurídico no se sanciona al monopolio que llega a ser tal fruto de las eficiencias económicas, pues ello significaría sancionar al más eficiente. Lo cual es un absurdo. Lo que la ley sanciona es al monopolio fruto de acciones distintas a una mayor eficiencia económica, como es el caso de un cártel, donde el monopolio es fruto del acuerdo de las empresas. El artículo 61 de la Constitución es enfático en señalar que ninguna concertación puede establecer monopolios.

La legislación de competencia prohíbe y sanciona también otro tipo de conducta anticompetitiva: el abuso de posición de dominio. ¿Qué es un abuso de posición de dominio? Es una situación en la cual una empresa que tiene la capacidad de actuar de manera

independiente de sus competidores (si es que los hay), clientes, proveedores o consumidores, utiliza su poder de mercado para excluir a sus competidores actuales o potenciales, es decir, utiliza su poder de mercado para eliminar la competencia y así obtener o consolidar una situación de monopolio.

Es natural que una empresa quiera convertirse en un monopolio, pues ello le permitirá maximizar sus beneficios. El ordenamiento jurídico, como se dijo, no sanciona a la empresa que logra convertirse en monopolio como consecuencia de implementar acciones que traducen eficiencias económicas, como es la reducción de costos o la innovación. Lo que sanciona es la conducta que tiene el propósito de otorgar a una o varias empresas la condición de monopolio por razones distintas a una mayor eficiencia económica.

En el caso del abuso de posición de dominio, la empresa utiliza su poder de mercado para convertirse en monopolio o defender su condición de monopolio. Es el caso de la implementación de precios predatorios, contratos de exclusividad injustificados, irracionales cláusulas de atadura, discriminación injustificada de precios, entre otros. Así, por ejemplo, mediante un sistema de venta exclusiva, la empresa con poder de mercado prohíbe a los distribuidores minoristas que vendan el producto de su competidor o competidores. Esta es una clara conducta anticompetitiva que pretende la adquisición o defensa de una posición monopólica.

8 Cuando la legislación de competencia sanciona el abuso de posición de dominio, lo que tutela es el proceso competitivo, el cual puede ser menoscabado por la empresa dominante. La conducta que califica como un abuso de posición de dominio tiene el efecto de excluir a actuales o potenciales competidores, esto es, tiene el efecto de restringir la competencia, y al restringir la competencia elimina las eficiencias económicas que dicha competencia hubiera generado. Al sancionarse un abuso de posición de dominio se está sancionando la eliminación ilegítima de las opcio-

nes de elección del consumidor. Éste tiene derecho a elegir, y esta elección debe ser tutelada. Pues bien, mediante la implementación de una práctica exclusoria, la empresa dominante restringe las posibilidades de elección del consumidor.

En el caso de la sanción de un abuso de posición de dominio con efectos exclusorios la política de competencia cumple el mismo rol que cuando se trata de sancionar una práctica colusoria: se protege el proceso competitivo. Y es que las eficiencias económicas que éste apareja mejoran el bienestar del consumidor al permitirle gozar de su derecho de elección de la oferta que más le conviene y no aquella impuesta por la empresa dominante.

4. Las prácticas explotativas: oportunidad para combatir monopolios legales

Esto nos lleva al tema de las prácticas explotativas implementadas por empresas con poder de mercado, tema bastante polémico en el que pronunciamientos de la autoridad de competencia nacional, el INDECOPI, ha generado un debate intenso desde hace unos tres años. Se entiende que estamos ante una práctica explotativa cuando la empresa con poder de mercado utiliza dicho poder para apropiarse del excedente del consumidor, sin que dicha conducta tenga el efecto de excluir a competidores actuales o potenciales. Así por ejemplo, elevar el precio a niveles supracompetitivos aprovechando la posición de dominio de que goza la empresa. Es el caso de la polémica figura del "precio abusivo". Un precio que, a criterio de la autoridad, resulta abusivo y que por ello debe ser sancionado.

La economía no define lo que es un "precio abusivo"². El precio de un bien o servicio depende de su escasez y de las preferencias

² Cada vez que he tenido la oportunidad de preguntarle a un economista ¿cuándo un precio es abusivo? Este ha contestado preguntándome ¿qué es un precio abusivo?

o necesidades del consumidor. Un vaso de agua ofrecido en el desierto tiene un precio distinto al ofrecido en la ciudad. El precio de un diamante es elevado porque es escaso. El precio del servicio de transporte de pasajeros en la ciudad de Lima es bajo porque hay sobreoferta.

No es propósito de este breve ensayo dilucidar qué es, o cómo probar, un “precio abusivo”, como tampoco lo es determinar si una conducta explotativa se encuentra prohibida y sancionada por nuestra legislación de competencia³. Basta señalar por ahora que en el INDECOPI, la Comisión de Libre Competencia (la Comisión) dijo en el año 2003 que la autoridad de competencia no era competente para sancionar ese tipo de conducta; sin embargo, un año después, la Sala de Defensa de la Competencia (la Sala), segunda y última instancia administrativa, dijo que sí lo era.

Asumamos, como lo estableció la Sala, que nuestro ordenamiento jurídico también sanciona los abusos de posición de dominio en la modalidad de prácticas explotativas. En principio ello significaría que la política de competencia estaría ampliando su ámbito de acción, pues ya no sólo estaría tutelando el proceso competitivo sino también, y de manera directa, el excedente del consumidor. Recordemos que en una práctica explotativa, como sería un eventual “precio abusivo”, no se restringe el proceso competitivo, sino que se ejerce de manera directa el poder de mercado en detrimento de los consumidores.

Al respecto, conviene detenernos y preguntarnos cuándo tiene sentido que la autoridad de competencia conozca una práctica explotativa?

10 Si una empresa con poder de mercado eleva el precio de su producto, comportamiento completamente racional por cierto, en lugar de perjudicar el proceso competitivo, dicho aumento podría

³ Aunque prometemos abocarnos a estos temas en un futuro cercano.

ser un imán para la presencia de competidores, si es que éstos están en la capacidad de vender el producto en cuestión a un menor precio. Así, en lugar de ser reprochable, un aumento excesivo de precios podría estimular la competencia y con ello beneficiar a los consumidores. Ahora bien, para que esto último tenga sentido, debe ser factible que otras empresas entren al mercado y aprovechen la subida generada por el dominante. Esto significa que no deben haber barreras a la entrada, o si las hubiera, éstas no deben ser lo suficientemente significativas como para impedir la entrada de competidores.

Por tal razón carece de sentido que la agencia de competencia se preocupe por una práctica explotativa si no hay barreras a la entrada, o si habiéndolas, éstas son irrelevantes. Por el contrario, si hubiera barreras a la entrada significativas que impidieran u obstaculizaran la entrada de competidores, es evidente que la empresa dominante podría elevar el precio de su producto sin problemas, pues no habría competidor capaz de disciplinar dicho comportamiento.

En el supuesto de que, no obstante ser elevadas las barreras a la entrada, la empresa dominante tuviera uno o más competidores, dicha empresa todavía podría tener problemas para elevar significativamente el precio de su producto, pues tales competidores podrían vender el producto a un menor precio y así incrementar sus participaciones de mercado. La empresa dominante podría intentar obstaculizar los canales de aprovisionamiento o de distribución de sus competidores, de modo que una vez eliminados éstos, su pretendido incremento de precios sea rentable. En este supuesto, tales actos de obstaculización configurarían prácticas exclusorias y serían sancionadas y eliminadas por la autoridad de competencia bajo el supuesto clásico de abuso de posición de dominio.

Y es que una práctica explotativa sólo tiene sentido si estamos frente a un monopolio. Al haber altas barreras a la entrada y no

existir competidores actuales, el monopolista puede implementar con éxito una práctica explotativa, como elevar excesivamente el precio del producto relevante, perjudicando con ello el bienestar de los consumidores.

Hay monopolios, sin embargo, que ya son controlados por el Estado y, por lo tanto, impedidos de abusar de los consumidores. Es el caso de los monopolios naturales sometidos a regulación económica. Son monopolios naturales aquellos segmentos de la industria donde es más barato que el producto sea producido por una sola empresa que por dos o más, es decir, es más eficiente para la sociedad que haya un monopolio. Ello ocurre cuando estamos frente a infraestructuras de red, ya sean continuas como las redes de electricidad, agua potable, telefonía fija, carreteras o vías férreas, o discontinuas como los puertos y aeropuertos, en las cuales sería ineficiente que para que haya competencia cada competidor fuera titular de una red. La regulación económica, por su parte, es la potestad otorgada por ley a determinadas administraciones públicas (organismos reguladores) para fijar el monto de la tarifa o peaje por la prestación de un servicio público o la utilización de infraestructura pública, respectivamente, provisto en condiciones de monopolio natural.⁴

En los casos de monopolio natural, el monopolista se ve impedido de abusar de su posición de dominio, por ejemplo a través de "precios excesivos", debido a que el organismo regulador le fijará la tarifa o peaje, bajo parámetros técnicos que tengan en cuenta la eficiencia de la empresa, es decir, tratará de poner un

⁴ La regulación económica no se limita a la fijación de la tarifa o peaje a ser cobrado por el concesionario a los consumidores o usuarios finales, sino también a la fijación de los cargos de acceso a facilidades esenciales por parte de competidores y la fijación del cargo por interconexión de redes con otros competidores.

precio que se acerque en lo posible al precio que existiría si hubiera competencia.⁵

De modo que sólo tiene sentido que la autoridad de competencia conozca un caso de práctica explotativa si está frente a un monopolio no regulado. Al respecto, resulta pertinente señalar que cuando la Comisión ha tenido la oportunidad de conocer una denuncia de abuso de posición de dominio por la implementación de una práctica explotativa -obviamente después de que la Sala dijera que era competente para ello- ha establecido que son tres los requisitos que deben cumplirse para analizar dicha denuncia: (i) que haya altas barreras a la entrada, (ii) un monopolio y (iii) ausencia de regulación económica; bajo argumentos similares al razonamiento esbozado en los párrafos precedentes.

¿En qué mercados hay altas barreras a la entrada, un monopolio y ausencia de regulación económica? Esto generalmente ocurre cuando estamos frente a un monopolio legal, el más dañino y reprochable de todos los monopolios. El monopolio fruto de un privilegio otorgado por el Estado.

¿Cuál debe ser el rol de la autoridad de competencia frente a los monopolios legales? Pues el de ejecutar acciones destinadas a desbaratarlos y generar que haya competencia. ¿Para qué? Para que la competencia genere las eficiencias económicas que beneficiarán a los consumidores. Obviamente para desbaratar un mono-

⁵ En principio el regulador debiera fijar el precio igual al costo marginal, que sería un "primer mejor" en el entendido que en un mercado competitivo el precio es igual al costo marginal, pero dadas las características tecnológicas que determinan un monopolio natural, dicho precio haría insostenible la prestación del servicio, pues no cubriría sus costos medios, a menos que la empresa reciba subsidios del Estado, lo cual significa resolver un problema generando otro. Por ello el regulador utiliza mecanismos de regulación que lo lleven a un "segundo mejor", donde el precio es igual al "costo promedio", lo cual permite la sostenibilidad de la oferta. A este "segundo mejor" es posible llegar mediante una subasta por la menor tarifa o mediante la fijación de tarifas tope (*price cap*). La revisión de tarifas tope se realiza a través de un factor de productividad, que consiste en determinar las ganancias de eficiencia de la industria y compartirlas con los usuarios.

polio legal habrá que derogar la norma legal o acto administrativo que establece la exclusividad, tema que se encuentra fuera de las facultades de la autoridad de competencia, quien no puede dejar sin efecto normas legales (entendiendo por éstos leyes y reglamentos administrativos) o actos administrativos. Sin embargo, esta autoridad sí puede abogar por que el organismo competente deje sin efecto la norma o acto que establece la exclusividad y de este modo se genere competencia.

Así, el rol de abogacía de la autoridad de competencia para la eliminación de monopolios legales deviene en crucial para generar más competencia en los mercados. El artículo 61 de la Constitución también es enfático en señalar que ninguna ley puede establecer monopolios.

De manera que la posibilidad de que la autoridad de competencia conozca casos de abusos de posición de dominio con efecto explotativo puede ser vista como una oportunidad para combatir monopolios legales, quizá no a través de la imposición de una sanción, sino mediante el ejercicio de la abogacía de la competencia, instrumento que, bien utilizado, puede ser tan efectivo como la imposición de una sanción⁶. Para ello la autoridad tiene que ser firme y clara en el mensaje a transmitir: que la abolición del monopolio legal permitirá que haya competencia, que esta competencia generará eficiencias económicas y que estas eficiencias mejorarán el bienestar de los consumidores.

En ese sentido, al sancionar una práctica colusoria o un abuso de posición de dominio con efecto exclusorio, o abogar por la eliminación de un monopolio legal (en el caso que se denuncie una práctica explotativa), lo que está protegiendo de manera directa la autoridad de competencia es el proceso competitivo, y no el excedente del consumidor. La legislación de libre competen-

⁶ La abogacía de competencia se manifiesta a través de exhortaciones, informes, publicaciones, conferencia de prensa, seminarios, capacitación, etc.

cia tutela al consumidor de manera indirecta, a través de las eficiencias económicas generadas por el proceso competitivo.

5. La política de competencia y otras políticas

Las normas de libre competencia tienen por objeto garantizar que el consumidor tenga opciones que elegir (ahí termina el rol de la política de competencia). Las normas de protección al consumidor buscan que éste esté debidamente informado al momento de elegir y así pueda realizar decisiones eficientes de consumo. Pero ninguno de estos dos ámbitos de acción estatal se va a encargar de que el bolsillo del consumidor esté lleno. Y es que para promover el máximo bienestar del consumidor no basta que haya competencia e información en el mercado. De nada sirve que un consumidor tenga una diversidad de opciones en el mercado y adecuada información si no tiene recursos para adquirir los bienes y servicios que se ofrecen en él. Ahí es donde se articulan otras políticas del Estado, como aquellas destinadas a mejorar la capacidad productiva de las micro y pequeñas empresas (con capacitación, financiamiento, etc.), construir infraestructura básica para el desarrollo de la agricultura y la agroindustria (carreteras, agua potables, electricidad y telecomunicaciones), promover las exportaciones (por ejemplo celebrando tratados de libre comercio), entre otras que fomentan el crecimiento del empleo interno.

Lima, enero de 2006