

# Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual

**Contenido**

**Año 3 Número 5 Primavera 2007**

## **ARTÍCULOS**

Luis Carlos Adrianzén, "El control de precios excesivos en el derecho de la competencia europeo y su aplicabilidad en el Perú"

Sandy Boza y Francisco Taquiri, "Impacto de la adhesión del Perú al Arreglo de La Haya para el registro internacional de diseños industriales: Acta de Ginebra"

Karina Espinoza, "El acto de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcaría como infracción a los derechos de la propiedad industrial"

Lincoln Flor y Óscar Rojas, "¿Existe regulación por incentivos en las concesiones viales?: El caso peruano"

Hugo Gómez, "El 'norte' de las políticas públicas: Orientando a las autoridades de competencia, protección al consumidor y regulación"

José Tavera y Tilsa Oré, "Gestión colectiva de derechos de autor: Una mirada al caso peruano"

## **CASOS y METODOLOGÍAS**

César Higa, "El reconocimiento constitucional de la potestad del INDECOPI para imponer medidas complementarias: Análisis de la Sentencia N° 1963-2006-PA/TC (caso Dino)"

Luis Lerma, "Patentabilidad de los compuestos polimórficos"

## **RESEÑAS DE LIBROS**

Sisule F. Musungu y Cecilia Oh, "Uso de las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC por los países en desarrollo" (Reseñado por Francisco Alcázar y Marisela Cuaresma)

Carlos Restrepo, "Apropiación indebida de recursos genéticos, biodiversidad y conocimientos tradicionales: 'Biopiratería'" (Reseñado por Enrique Cebrián y Rocio Prado)

# **Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual**

## **Editor**

Sandy Boza Alzamora, Coordinador Legal  
Gerencia de Estudios Económicos - INDECOPI

## **Consejo Editorial**

Luis José Diez Canseco, Coordinador General del Proyecto de Apoyo para Mejorar la Competitividad,  
Presidencia del Consejo de Ministros, Perú  
Hugo R. Gómez Apac, Profesor, Facultades de Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Perú  
José Luis Guasch, Asesor *Senior*, Departamento de Infraestructura,  
Banco Mundial, Estados Unidos  
William Kovacic, Profesor Principal, Escuela de Derecho, George Washington  
University, Estados Unidos  
Diego Petrecolla, Consultor en temas de Competencia, Ex Presidente de la Comisión Nacional  
de Defensa de la Competencia (CNDC), Argentina  
José A. Tavera Colugna, Profesor Asociado, Departamento de Economía,  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
José I. Távara, Profesor Principal, Departamento de Economía,  
Pontificia Universidad Católica del Perú

---

Las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no representan necesariamente las opiniones del INDECOPI.

Copyright © 2007

INDECOPI, Calle de la Prosa 138 San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: 224 7800 Fax: 225 1096

e-mail: [sello@indecopi.gob.pe](mailto:sello@indecopi.gob.pe)

Web site: [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)

La Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual -Año 3, Número 5, Primavera 2007- es publicada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI dos veces por año (otoño y primavera).

La tarifa anual para una membresía regular es de S/. 40 (US\$ 15) al año. Mayor información puede ser solicitada al editor de la Revista al correo electrónico: [sboza@indecopi.gob.pe](mailto:sboza@indecopi.gob.pe)

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°: 2005-8789

Impreso en Lima - Printed in Perú

Diagramación: Asociación Gráfica Educativa - TAREA

Corrección de Estilo: Anselmo Escobar

# Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual

---

Contenido

Año 3 – Número 5 – Primavera 2007

---

## ARTÍCULOS

- Luis Carlos Adrianzén, “El control de precios excesivos en el derecho de la competencia europeo y su aplicabilidad en el Perú” 5
- Sandy Boza y Francisco Taquiri, “Impacto de la adhesión del Perú al Arreglo de La Haya para el registro internacional de diseños industriales: Acta de Ginebra” 65
- Karina Espinoza, “El acto de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcaria como infracción a los derechos de la propiedad industrial” 121
- Lincoln Flor y Óscar Rojas, “¿Existe regulación por incentivos en las concesiones viales?: El caso peruano” 141
- Hugo Gómez, “El ‘norte’ de las políticas públicas: Orientando a las autoridades de competencia, protección al consumidor y regulación” 173
- José Tavera y Tilsa Oré, “Gestión colectiva de derechos de autor: Una mirada al caso peruano” 195

## CASOS Y METODOLOGÍAS

- César Higa, “El reconocimiento constitucional de la potestad del INDECOPI para imponer medidas complementarias: Análisis de la Sentencia N° 1963-2006-PA/TC (caso Dino)” 259
- Luis Lerma, “Patentabilidad de los compuestos polimórficos” 277

## RESEÑAS DE LIBROS Y/O ARTÍCULOS

- Sisule F. Musungu y Cecilia Oh, “Uso de las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC por los países en desarrollo” (*Reseñado por Francisco Alcázar y Marisela Cuaresma*) 297
- Carlos Restrepo, “Apropiación indebida de recursos genéticos, biodiversidad y conocimientos tradicionales: ‘Biopiratería’” (*Reseñado por Enrique Cebrián y Rocío Prado*) 303

# EL “NORTE” DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ORIENTANDO A LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA, PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y REGULACIÓN

---

HUGO GÓMEZ♦  
INDECOPI

## Resumen

*El presente artículo tiene por objeto resaltar la importancia de que la autoridad legislativa o administrativa conozca con bastante claridad cuál es la finalidad (o “norte”) de la política pública que va a implementar o ejecutar, pues debe haber coherencia entre el desarrollo e impacto de la política y su finalidad. Esta consistencia permite que la actuación de la autoridad sea razonable y predecible para los agentes receptores de la política. Y esta razonabilidad y predictibilidad, a su vez, no sólo legitima la actuación de la autoridad, sino que crea un clima favorable para la inversión privada y la consecuente generación de trabajo.*

## I. ¿Por qué necesitamos un “norte”?

Si un explorador pierde su mapa, estando en pleno desierto o en medio de un bosque tropical, podría salir del aprieto encontrando un punto de referencia que le permita guiar su rumbo. Este punto de referencia es el norte, a partir del cual podrá trazar los otros puntos cardinales: sur, este y oeste. Para hallar el norte, basta tener una brújula<sup>1</sup> o, en su defecto, encontrar en el firmamento una estrella referencial como la Polar o la Cruz del Sur, según el hemisferio en el que se encuentre, observar la

---

♦ Abogado. Profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de los cursos de Derecho de la Competencia y Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asimismo, el autor se desempeña como asesor legal del INDECOPI. Las opiniones vertidas en el presente ensayo son de su exclusiva responsabilidad, y no comprometen a los órganos funcionales o administrativos de la referida entidad.

<sup>1</sup> Que apunta al polo norte magnético, el cual, por cierto, no coincide exactamente con el Polo Norte geográfico.

salida del sol u otros métodos que seguramente aprendió como *boy scout*. Encontrar el norte no es suficiente para que nuestro explorador se salve, pues quizá no sepa exactamente dónde está, ni tenga provisiones para alimentarse, pero encontrando el norte al menos sabrá qué dirección tiene su rumbo. Su salvación dependerá de su habilidad para obtener alimento y agua de su entorno y defenderse del frío o calor extremos y de los animales peligrosos con los que se podría topar.

De manera análoga, una autoridad legislativa o administrativa debe tener claro cuál es el norte de la política pública que va a implementar o aplicar. Si no conoce su norte, si no tiene un punto de referencia que lo guíe respecto del rumbo que debe seguir la política pública, estará extraviado como nuestro explorador, sólo que peor, pues ni siquiera sabrá qué rumbo seguir. Esta autoridad extraviada ejecutará la política en cualquier dirección, dando vueltas sobre lo mismo, yendo y retrocediendo, disparando a todas partes, incluso a sí mismo. Y si esta autoridad sin rumbo actúa como un ingenuo bien intencionado que cree que está haciendo “justicia” tal cual Robin Hood, quitándole a los ricos para dárselo a los pobres, la falta de norte de su actuación terminará generando más perjuicios que beneficios, se llenará de frustración y acusará a terceros del fracaso de su política, especialmente a aquellos que criticaron su actuación errática.

Hablar del norte de las políticas públicas es hablar del objetivo de éstas, de su finalidad, de su fundamento. En este breve trabajo queremos centrarnos en dos tipos de políticas públicas, las que buscan “incrementar la torta” y las que tratan de que haya una “mejor distribución de la torta”, y mencionar qué es lo que debería hacer el Estado con su “tajada”.

## II. ¿Qué políticas públicas buscan “incrementar la torta”?

Las políticas públicas que buscan “incrementar la torta” son aquellas cuyo objetivo es la eficiencia económica en los mercados, lo cual ocurre cuando los agentes económicos aprovechan de la mejor manera posible los recursos disponibles —maximizando sus beneficios, internalizando los costos de su actuación y minimizando estos costos—, realizando transacciones con otros agentes a fin de que tales recursos se trasladen a quienes los valoran más. Si estas transacciones son voluntarias, todos los agentes involucrados obtendrán beneficios, moviéndose en conjunto hacia óptimos paretianos<sup>2</sup> en los que nadie podría estar mejor a menos que alguien empeorara. Estas políticas públicas permiten la generación y circulación de

---

<sup>2</sup> “...una situación particular es eficiente en el sentido de Pareto si es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación)...” Ver: Cooter y Ulen (1999), p. 26.

riqueza, de ahí que las denomine como aquellas que “incrementan la torta”. Estas políticas incentivan a que las personas inviertan en el desarrollo de actividades económicas, arriesgando su capital con el objeto de obtener mayores utilidades.

Podemos diferenciar a las políticas públicas cuyo objetivo es la eficiencia económica en dos tipos: las que permiten el funcionamiento del mercado y las que corrigen las fallas del mercado<sup>3</sup>. Las políticas que permiten el funcionamiento del mercado tienen por finalidad garantizar los derechos de propiedad, el cumplimiento de los contratos y las reparaciones de los daños no contratados. En este contexto, en el que basta como régimen jurídico el Derecho Privado, el libre desenvolvimiento de la oferta y demanda debería conducir a situaciones de equilibrio en las que el bienestar de consumidores y productores sea el máximo posible.

Las políticas que buscan corregir las fallas de mercado tienen el propósito de resolver los problemas generados por las externalidades<sup>4</sup>, las asimetrías de información<sup>5</sup>, los bienes públicos<sup>6</sup> y los monopolios, que son situaciones que impiden que el libre juego de la oferta y la demanda nos conduzca a un máximo bienestar social. Cuando decimos monopolios nos estamos refiriendo a tres categorías: los

---

<sup>3</sup> Puesto que los mercados, por naturaleza, no son perfectos.

<sup>4</sup> Las externalidades son acciones realizadas por un agente que afectan el entorno de otro u otros. Una externalidad, como la contaminación ambiental, si no es corregida mediante una intervención estatal, originará que el agente siga contaminando sin internalizar el costo de esta actividad, perjudicando el ambiente disfrutado por terceros.

<sup>5</sup> Existe asimetría informativa cuando la información relevante de un producto o de un mercado no está distribuida de manera uniforme entre los distintos agentes económicos. Así, por ejemplo, los proveedores tienen en sus manos más información relevante sobre los bienes y servicios que ofrecen al mercado que los consumidores. La asimetría informativa que se da en las relaciones de consumo impide o dificulta que por vía de contratos los consumidores tomen decisiones de consumo eficientes, por lo que es necesario que el Estado dicte políticas destinadas a incentivar que los proveedores suministren información relevante a los consumidores.

<sup>6</sup> Bienes públicos como la defensa nacional o las leyes deben ser provistas por el Estado, pues su consumo no rival y no exclusivo origina que no haya proveedores dispuestos a ofrecerlos en el mercado.

monopolios naturales<sup>7</sup>, las conductas monopolísticas (o conductas anticompetitivas)<sup>8</sup> y las concentraciones empresariales anticompetitivas<sup>9</sup>.

En particular, se tratarán cuatro tipos de políticas públicas destinadas a corregir fallas de mercado: las políticas de libre y leal competencia, las de protección al consumidor, las de regulación social y las de regulación económica. Estas cuatro

---

<sup>7</sup> En los monopolios naturales, debido a la presencia de importantes economías de escala, economías de ámbito y altos costos hundidos, y ante una demanda determinada, es más rentable que un determinado bien o servicio sea provisto por una sola empresa que por dos o más. Ejemplo de ello son la red de distribución de agua potable, las redes de transmisión y distribución de energía eléctrica, las carreteras, las vías férreas, entre otros. Así, en principio, sin la intervención gubernamental, estos servicios y bienes serían provistos por una sola empresa, por un monopolio; como consecuencia de ello, los usuarios pagarían precios monopolícos para disfrutar el servicio.

<sup>8</sup> Las conductas monopolísticas o anticompetitivas, por su parte, son los abusos de posición de dominio y las prácticas colusorias. Se trata de situaciones en las que una empresa o varias empresas, por razones diferentes a una mayor eficiencia económica, pretenden convertirse en un monopolio. Decimos por razones diferentes a una mayor eficiencia económica puesto que si la empresa, o empresas, implementan tales eficiencias, como una reducción de costos y la consiguiente disminución de precios, o la introducción de mejoras en la calidad de los productos o la innovación de nuevos productos, su camino natural puede ser convertirse en monopolio, si es que sus competidores no logran ofrecer iguales o mejores condiciones en términos de precio, calidad y variedad. Sin embargo, convertirse en un monopolio a partir de la implementación de eficiencias económicas no es reprochable, no constituye ilícito alguno; por el contrario, es el premio al esfuerzo individual.

Las “otras” razones, es decir, las razones diferentes a la eficiencia económica, son la utilización del poder de mercado para excluir potenciales o reales competidores (abuso de posición de dominio) o los acuerdos para restringir la competencia entre competidores (prácticas colusorias). Son típicos casos de abuso de posición de dominio la negativa injustificada de contratar, la discriminación de precios, los precios predatorios, los contratos de distribución o venta exclusiva injustificados, la imposición injustificada de ventas atadas (o cláusulas de atadura), etc. Son típicas prácticas colusorias los acuerdos de fijación de precios, de reparto de mercados, de asignación de cuotas de producción, etc.

<sup>9</sup> Las concentraciones empresariales (fusión de sociedades, constitución de empresas en común, compra de activos, adquisición de acciones, etc.) anticompetitivas son aquellas cuyos efectos negativos son mayores a los positivos. Los efectos negativos, consecuencia de la creación de poder de mercado, o su incremento, se traducen en aumentos de precios (lo que perjudica a los consumidores), en el establecimiento de barreras a la entrada mediante el cierre de canales de aprovisionamiento de insumos o el bloqueo de sistemas de distribución (lo que perjudica a los competidores), en la evasión de la regulación por las asimetrías informativas entre regulador y regulado (lo que perjudica al Estado), etc. Los efectos positivos propios de una integración empresarial pueden ser la reducción de costos de transacción (menor riesgo en los contratos), la reducción de costos de producción (economías de escala), la inversión en investigación y desarrollo, la mejora en los sistemas de distribución, etc.

políticas públicas, corrigiendo determinadas fallas de mercado, promueven la eficiencia económica en los mercados.

Las políticas de libre y leal competencia se materializan en las leyes de acceso al mercado<sup>10</sup>, de defensa de la libre competencia<sup>11</sup> y de represión de la competencia desleal<sup>12</sup>. Estas políticas promueven el acceso y la permanencia de las empresas en el mercado, eliminando las barreras burocráticas ilegales o irracionales que restringen u obstaculizan dicha permanencia; incentivan a que las empresas compitan entre sí por las preferencias de los consumidores, sancionando con ello el abuso del poder de mercado y la colusión; y persiguen que las empresas, cuando compitan, lo hagan honestamente, sin dañar, o apropiarse de la reputación ajena o sin inventarse una reputación falsa.

---

<sup>10</sup> Las normas de acceso al mercado buscan la eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que dificultan u obstaculizan el ingreso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado. Se trata del artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP), y sus normas complementarias, a saber: el artículo 48 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; el artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal; el artículo 35 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional; la Ley N° 28032, Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas a Favor de la Competitividad de los Agentes Económicos; los artículos 5 y 11 de la Ley N° 28295, Ley que Regula el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso Público para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones; la Ley N° 28335, Ley que Crea el Índice de Barreras Burocráticas de Acceso al Mercado Impuestas a Nivel Local; y la Ley N° 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada.

<sup>11</sup> Son aquellas normas que combaten las conductas anticompetitivas y controlan las concentraciones empresariales anticompetitivas (en el Perú, sólo en el sector eléctrico). Se trata, principalmente, del Decreto Legislativo N° 701, Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia; la Decisión 608, Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina; la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, y sus dos reglamentos, aprobados por los decretos supremos 017-98-ITINCI y 087-2002-EF. Existen otras normas complementarias a las anteriores tales como el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM; el artículo 7 de la Ley N° 26741, ley que autoriza al Ministerio de Justicia a convocar Concurso Público de Méritos para Notarios Públicos; los artículos 13, 14 y 22 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional; y el artículo 13 de la Ley N° 28583, Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional.

<sup>12</sup> Básicamente el Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.



Las políticas de protección al consumidor<sup>13</sup> (en la que incluimos a las que protegen a los consumidores frente a la publicidad comercial<sup>14</sup>) procuran equilibrar las desigualdades de información que hay entre proveedores y consumidores, obligando a los primeros a proporcionar a los segundos información relevante sobre los bienes y servicios que ofertan en el mercado, a fin de que éstos realicen decisiones eficientes de consumo, en función, claro está, de sus preferencias y capacidad de gasto.

La regulación social corrige las externalidades (así como las asimetrías de información) originadas por el desarrollo de actividades económicas. Estas políticas, en función de la intensidad de las externalidades que la actividad regulada podría ocasionar, se materializan en la exigencia de licencias y autorizaciones (p.ej., licencias de construcción y autorizaciones de funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales y de servicios); el registro de productos de consumo humano (p. ej., medicamentos); la regulación de especificaciones técnicas (p. ej.,

---

<sup>13</sup> Se trata del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, y de las siguientes normas complementarias: el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 882, Ley de Promoción de la Inversión en la Educación; el artículo 20 de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre; la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor; la Ley N° 27489, Ley que Regula las Centrales Privadas de Información de Riesgos y de Protección al Titular de la Información; la Ley N° 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar Respecto al Pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados; la Ley N° 27768, Ley de Creación de la Hoja Resumen Informativa para los Proveedores de Créditos; la Ley N° 27846, ley que precisa alcances del artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor; la Ley N° 27917, ley que modifica y precisa los alcances del artículo 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor; la Ley N° 27932, ley que prohíbe el uso de la sustancia química bromato de potasio en la elaboración del pan y otros productos alimenticios destinados al consumo humano; el artículo 48 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; la Ley N° 28405, Ley de Rotulado de Productos Industriales Manufacturados; la Ley N° 28556, ley que regula el débito automático; y la Ley N° 28587, norma complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros.

<sup>14</sup> El Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor; y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI. Adicionalmente, los artículos 14 a 16 de la Ley N° 26549, Ley de los Centros Educativos Privados; la Ley N° 26739, ley que establece horario en el cual podrá realizarse publicidad de cigarrillos a través de medios radiales o televisivos; los artículos 69 a 72 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud; la Ley N° 26849, ley que prohíbe la venta y publicidad de productos elaborados con tabaco en lugares públicos a que se refiere la Ley N° 25357 (que estableció la prohibición de fumar en espacios cerrados de uso público); el artículo 3 de la Ley N° 27345, Ley de Promoción del Uso Eficiente de la Energía; la Ley N° 28493, ley que regula el uso del correo electrónico no solicitado (spam); y la Ley N° 28681, ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas.

para vehículos automotores); el cumplimiento de normas ambientales; la exigencia de un capital social mínimo y restricciones en determinados actos de gestión y en el manejo de inversiones (p. ej., en la actividad bancaria, de seguros y de administración privada de fondos de pensiones); etc.

La regulación económica se centra en la corrección de los monopolios naturales<sup>15</sup> (por lo general, redes de agua potable, transmisión y distribución de electricidad, telefonía fija e infraestructura de transporte de uso público). Como en estos escenarios la competencia no es posible, la regulación fuerza “artificialmente” la competencia vía el acceso a facilidades esenciales<sup>16</sup>, así como regula el precio y calidad de los servicios domiciliarios, simulando los resultados de un mercado competitivo.

---

<sup>15</sup> La regulación económica de los monopolios naturales se encuentra recogida en un amplio abanico de normas intersectoriales y sectoriales, entre las que cabe citar: la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas; la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (norma que crea el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN); la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento; la Ley N° 26284, Ley General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS); el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas; la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN); la Ley N° 26221, Ley Orgánica que Norma las Actividades de Hidrocarburos en el Territorio Nacional; el Decreto Legislativo N° 702, normas que regulan la promoción de inversión privada en telecomunicaciones (hoy Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC); la Ley N° 26285, Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia; la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL); entre otros.

<sup>16</sup> Una “facilidad esencial” es una instalación, infraestructura, servicio o insumo que cumple con dos condiciones: primero, es un recurso indispensable para la realización de una determinada actividad económica, de modo que una empresa no puede ingresar al mercado de dicha actividad si no tiene acceso a la facilidad esencial. Segundo, su reproducción es sumamente difícil por razones técnicas y/o económicas. Ver: Lipsky y Sidak (2003), p. 143 y ss. El titular de una facilidad esencial goza de una posición de dominio, toda vez que puede fijar el precio por el acceso a la facilidad esencial sin importarle la reacción de sus competidores, proveedores o clientes. Dicho en otros términos, puede fijar precios monopólicos por el acceso a la facilidad esencial. Son ejemplos de facilidad esencial: la red portadora de telecomunicaciones, la redes de transmisión y distribución de electricidad y gas natural, la red de distribución de agua potable, una carretera, una vía férrea, el muelle de un puerto, la pista de aterrizaje de un aeropuerto, etc.

Las cuatro políticas antes mencionadas tienen como norte la eficiencia económica en los mercados, y es este norte el que permite el mayor bienestar de los consumidores y usuarios. La razón es simple, la competencia entre empresas permite que los consumidores tengan los mejores precios, y la calidad y variedad según sus gustos y poder adquisitivo. Y cuando la competencia no es posible, corresponde a la autoridad introducirla o, al menos, y en tanto sea necesario, simular condiciones de competencia, a través de la regulación económica.

Para que los consumidores y usuarios gocen del mayor bienestar posible, las políticas que promueven la eficiencia económica deben implementarse progresivamente. En un mercado competitivo, bastará el Derecho Privado (el Derecho Civil y Mercantil) para lograr una asignación eficiente de los recursos. Si en el mercado la competencia es posible, pero hay barreras burocráticas (contenidas en actos o reglamentos administrativos) ilegales o irracionales que dificultan el acceso de las empresas al mercado, la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI deberá eliminar tales barreras y así fomentar la competencia. Si en el mercado la competencia es posible, pero hay conductas monopolísticas que restringen la competencia, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI sancionará el abuso de la posición de dominio o las prácticas colusorias que están restringiendo la competencia. Si en el mercado hay competencia, sólo que ésta se encuentra afectada por actos de competencia desleal como la denigración o el engaño, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI sancionará dichos actos. Si en el mercado hay libre y leal competencia, pero los proveedores ocultan información a los consumidores o los productos o servicios que ofrecen a éstos no son idóneos conforme a la información proporcionada y la naturaleza y condiciones de la transacción, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI sancionará al proveedor responsable del incumplimiento (omisión de proporcionar información relevante) o defecto (infringir el deber de idoneidad). En el extremo, si la competencia no es posible, el organismo regulador (OSIPTEL, OSITRAN, OSINERGMIN y SUNASS) ordenará el acceso a facilidades esenciales para promover competencia y, en tanto ello no sea posible, regulará el precio y la calidad del servicio como si hubiera competencia. Una vez que el regulador haya generado competencia, su intervención disminuirá y, eventualmente, se retirará.

Si bien las políticas cuyo norte es la eficiencia económica en los mercados apuntan hacia un mayor bienestar de los consumidores, ellas no resuelven el problema de la distribución de la riqueza; dichas políticas, por sí mismas, no evitarán que haya segmentos de la población que no puedan acceder a los bienes y servicios esenciales para la supervivencia y desarrollo de las personas; es decir, no

evitarán que haya pobres. Suponer lo contrario sería distorsionar el objetivo de estas políticas, convirtiéndolas en un instrumento inestable e impredecible.

Las políticas públicas cuyo norte es la eficiencia económica, directa o indirectamente, promueven que en un mercado relevante determinado el precio del producto sea igual, o lo más cercano posible, al costo marginal, que es el precio que maximiza tanto el excedente del consumidor como el excedente del productor. Sin embargo, necios seríamos si no admitiéramos que amplios sectores de la población ni siquiera pueden pagar un precio igual al costo marginal. Sus ingresos son tan bajos, o inexistentes, que el costo marginal es un precio que no pueden pagar. En términos económicos estos sectores se encuentran en la parte inferior de la curva de demanda por debajo del punto de equilibrio.

### III. ¿Qué políticas públicas buscan “redistribuir la torta”?

Es ahí donde entran en acción las otras políticas públicas, aquellas que persiguen una redistribución más equitativa de la riqueza, no robándole a los ricos para dárselo a los pobres, lo cual es una insensatez, sino creando las condiciones para que los pobres dejen de ser pobres, otorgándoles los incentivos y facilidades para que ellos también generen y circulen riqueza. Estas políticas también tienen un norte, un rumbo que, adecuadamente seguido, maximizará el bienestar social, evitando el despilfarro de recursos públicos y sus consiguientes problemas: déficit fiscal, inflación, corrupción, etc.

¿Cuál es el norte que guía las políticas públicas que persiguen una mejor “distribución de la torta”? Uno muy importante, pues no nos atrevemos a afirmar que sea el único, es el principio de subsidiariedad del Estado recogido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, principio según el cual es razonable y prudente que el Estado ofrezca bienes y servicios a la población, siempre y cuando no haya oferta privada capaz de satisfacer la demanda existente o, habiendo dicha oferta, haya ciudadanos que, por su limitada capacidad de gasto, no puedan acceder a esta oferta privada. La educación pública y los hospitales estatales son un claro ejemplo del rol subsidiario del Estado, también lo son las beneficencias públicas y programas como el INABIF<sup>17</sup>, FONCODES<sup>18</sup>, PRONAA<sup>19</sup>, el Vaso de Leche, etc.

---

<sup>17</sup> Instituto Nacional de Bienestar Familiar.

<sup>18</sup> Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social.

<sup>19</sup> Programa Nacional de Asistencia Alimentaria.

¿Con qué recursos el Estado desarrolla sus actividades de manera subsidiaria? Pues con la “tajada” que le toca de la “torta”, tajada que es pagada por todos los ciudadanos a través de los impuestos. El rol subsidiario del Estado debe ser financiado a través de los impuestos que pagamos todos, mediante fondos provenientes del Tesoro Público. Cuando se establecen sistemas en virtud de los cuales se cobra más a quien consume más (o con base en otros criterios, tales como su actividad económica o su ubicación geográfica) para que ese mayor cobro subvencione a los que consumen menos, se está imponiendo sobrecostos a quienes consumen más, y si éstos son agentes que producen bienes o servicios, dichos sobrecostos le están restando competitividad en un mercado globalizado.

El Estado no tiene que construir todas las carreteras, vías férreas, líneas de transmisión eléctrica o redes de agua potable que necesita el país. En aquellas áreas geográficas donde es rentable que un privado invierta en la construcción de la infraestructura pública y recupere su inversión mediante el cobro de tarifas o peajes, resulta innecesario que el Estado intervenga para proveer dicha infraestructura. El rol del Estado en estos casos debe limitarse a asegurar que la promoción de la inversión privada tenga por objeto maximizar el bienestar social. ¿Cómo? Primero, diseñando un proceso de selección (subasta pública<sup>20</sup>) en el que el ganador de la concesión sea quien ofrezca la mejor combinación equilibrada entre mayor inversión, menores tarifas o peajes y mejor calidad del servicio<sup>21</sup>. Segundo, regulando al concesionario con objetivos de eficiencia social, esto es, estableciendo tarifas que incentiven la reducción de costos y la introducción de tecnologías de punta, dictando mandatos de interconexión o de acceso a facilidades esenciales que promuevan la competencia, emitiendo disposiciones administrativas sobre calidad del servicio y solución de controversias entre entidades prestadoras y entre éstas y los usuarios; todo ello en un clima de seguridad jurídica en el que se respeten los contratos y las inversiones.

En cambio, donde la actividad no es rentable, donde los privados no tienen interés en proveer bienes o servicios, corresponde que el Estado intervenga de manera subsidiaria y al menor costo posible, por ejemplo, a través de subastas por el menor subsidio. Así, en lugar de que el Estado construya carreteras, vías férreas, líneas de transmisión eléctrica o redes de agua potable en las zonas no rentables, debería promover subastas para que sean privados quienes provean dichas infraestructuras

---

<sup>20</sup> Licitación pública o concurso público.

<sup>21</sup> Ha sido un error privatizar para hacer caja, vendiendo las acciones de empresas estatales a quienes ofrecieron por ellas el mayor valor, pues esto trajo como consecuencia que las tarifas sean altas, ocasionando que la población rechace las privatizaciones.

compitiendo entre ellos por quién recibe el menor subsidio que financie o cubra la diferencia entre el costo de construir y mantener la infraestructura (incluyendo el margen de ganancia del operador) y lo que pueden pagar los usuarios de dichas zonas<sup>22</sup>. Este menor subsidio provendrá de recursos del Tesoro Público, pues, repetimos, el rol subsidiario del Estado debe ser financiado con la “tajada de la torta” que le corresponde al Estado: los impuestos que pagamos todos.

Un buen ejemplo de rol subsidiario al menor costo posible ocurre en la distribución de electricidad en las zonas rurales (no rentables), donde la Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A.<sup>23</sup> (ADINELSA) cumple un rol interesante al asegurar la provisión del servicio público de electricidad, minimizando el costo social que ello irroga.

Como las zonas rurales no son rentables, los privados no están interesados en distribuir energía eléctrica en dichas áreas, pues los costos de proveer el servicio serían mayores a los ingresos que podrían percibir de los pobladores de tales zonas. ¿Qué hace ADINELSA? Pues celebra contratos con los concesionarios cuyas áreas de concesión sobre zonas urbanas son aledañas a las zonas rurales<sup>24</sup>, a efecto de que sean dichos concesionarios quienes presten el servicio público de electricidad. En

---

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, asumamos que el Estado calcula que el costo de mantener y administrar un determinado puerto fluvial asciende a 100 unidades, pero dado el poco tráfico de embarcaciones fluviales, los ingresos provenientes de los usuarios del puerto únicamente llegarían a 30 unidades. En este escenario, el Estado podría convocar a una subasta al menor subsidio para el mantenimiento y administración del puerto. Si una empresa calcula que puede mantener y administrar el puerto con 95 unidades (incluyendo su margen de utilidad), ofertará un subsidio de 65; mientras que si otra, más eficiente, calcula que lo puede hacer con 90 unidades, ofertará un subsidio de 60 unidades, es decir, un menor subsidio. De adjudicarse a esta última la administración del puerto, el Estado se habrá ahorrado 10 unidades y los agentes económicos disfrutarán de un puerto bien administrado.

<sup>23</sup> ADINELSA es una empresa estatal de derecho privado que se dedica a administrar las obras de electrificación rural que el Estado haya ejecutado o ejecute en las zonas rurales y aisladas del Perú, las cuales se encuentran fuera de la zona de concesión de las empresas distribuidoras de electricidad. Fuente: <http://www.adinelsa.com.pe> (visitada el 24 de julio de 2007).

<sup>24</sup> Según su portal Web, ADINELSA efectúa la administración de sus instalaciones encargando la operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica rural a empresas concesionarias con las que ha celebrado contratos (Electrocentro S.A., Electronorte S.A., Hidrandina S.A., Electro Nor Oeste S.A. y Electro Oriente S.A.), así como a través de convenios con 35 municipalidades. Fuente: <http://www.adinelsa.com.pe> (visitada el 24 de julio de 2007).

estos contratos se pacta que si el costo de proveer el servicio es mayor a los ingresos percibidos de los usuarios, ADINELSA paga la diferencia.<sup>25</sup>

Así, en las zonas rurales, en lugar de que el Estado preste directamente el servicio público de electricidad mediante una empresa estatal, simplemente contrata con privados para que éstos lo hagan, pagando la diferencia entre el costo de proveer el servicio y los ingresos percibidos por los pobladores de dichas áreas. ADINELSA es un buen ejemplo de que, incluso cuando se trata de una actividad subsidiaria, el Estado no necesita participar directamente en la provisión del bien o servicio.

Al parecer, en aquellas rutas donde el servicio de transporte aéreo no es rentable, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones habría decidido financiar la prestación del servicio a través de un esquema de subsidio mínimo anual. La idea sería concursar fondos entre operadores privados, asignando la buena pro al que proponga el mínimo subsidio para cumplir las metas planteadas por el Estado<sup>26</sup>. De ser cierto esto, sería una forma correcta de canalizar el principio de subsidiariedad.

Otras políticas públicas que promueven una mejor “redistribución de la torta” son las políticas tributarias (p. ej., elevando la tasa del Impuesto a la Renta conforme

---

<sup>25</sup> ADINELSA celebra contratos de administración común con las empresas concesionarias del servicio de distribución de electricidad. El objeto de estos contratos es la operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica rural entregada por ADINELSA a la empresa concesionaria, la reposición de las instalaciones de distribución y transmisión secundaria y la comercialización y actividades complementarias del servicio eléctrico en las áreas correspondientes.

En tales contratos, son obligaciones de ADINELSA: entregar en administración la infraestructura eléctrica rural a la empresa concesionaria, asumir los costos de operación y mantenimiento en que incurre esta empresa en la administración de la infraestructura mencionada, asumir las alícuotas destinadas a la reposición de las instalaciones y supervisar el cumplimiento de las obligaciones de dicha empresa. Por su parte, son obligaciones de la empresa concesionaria: ofrecer el servicio público de electricidad de acuerdo con las condiciones establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas; efectuar la comercialización, facturación y cobranza a los usuarios; efectuar la administración del servicio; administrar los fondos constituidos por las alícuotas destinadas a la reposición de las instalaciones; y asumir los costos de los trabajos de mantenimiento preventivo y correctivo.

La empresa concesionaria “descuenta” de los ingresos tarifarios los montos correspondientes a los costos de operación, mantenimiento y reposición en que incurrió por la administración de la infraestructura. Si esta operación arroja un excedente, éste es trasladado a ADINELSA; si arroja un déficit, ADINELSA cubre la diferencia.

<sup>26</sup> Salinas (2007), p. 6.

los ingresos se van incrementando), las de promoción del empleo (p. ej., reduciendo los costos de transacción de las pequeñas y microempresas), entre otras.

#### **IV. ¿Qué sucede cuando la autoridad se desorienta?**

El error que suelen cometer las autoridades legislativas y administrativas es confundir el objetivo de la política que van a implementar, o aplicar a una política el objetivo de otra, es decir, asumir un objetivo diferente al que le corresponde, y lo peor es que a veces no sólo se asume un objetivo equivocado, sino que el objetivo incorrecto es aplicado de manera distorsionada.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando se cree que el consumidor es la parte débil de la relación de consumo porque cuenta con menores ingresos y, a partir de este falaz pero persuasivo argumento, a veces el legislador cree conveniente dictar una ley que obligue a bajar el precio de un producto o servicio.

Así, una vez se planteó un proyecto de ley para que en determinadas épocas festivas (Semana Santa, Día de la Madre, Fiestas Patrias y Navidad) el pasaje del transporte terrestre de pasajeros no se incremente. Una propuesta inútil y contraproducente que sólo iba a beneficiar a los informales, los incumplidores de la ley. Esta propuesta no entendía cómo funcionan las fuerzas del mercado, la relación entre la oferta y la demanda. En los días festivos es natural que más gente viaje, especialmente para pasar tales momentos con su familia, por lo que es natural que el precio del servicio de transporte de pasajeros se incremente. El legislador es ingenuo si creía que con su medida iba a beneficiar a los consumidores; por el contrario, los iba a perjudicar, pues al fijarse legislativa o administrativamente un precio por debajo del punto de equilibrio, la oferta disminuiría, menos empresas estarían dispuestas a efectuar el servicio, aquellas que, al margen de la ley (mercado negro), estarían dispuestas a cobrar un monto adicional que compense el riesgo de ser capturadas, elevándose el precio del pasaje a un nivel superior del que se hubiera dado sin intervención gubernamental.

Fuera de las normas especiales de protección al consumidor, los problemas derivados de la venta de bienes defectuosos pueden resolverse en el Poder Judicial a través de procesos civiles. Así, por ejemplo, si el comprador descubre que el inmueble adquirido tiene un vicio oculto existente al momento de la transferencia (p.ej. está malogrado el sistema de desagüe), puede demandar al transferente, en razón del saneamiento a que está obligado, la resolución de contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1511 del Código Civil. Otro ejemplo sería cuando una



persona adquiere una joya creyendo que es de oro de 18 quilates cuando en realidad es de 14 quilates. En este supuesto, el adquirente podría demandar la anulación del contrato de compraventa alegando un vicio resultante de error, de conformidad con lo establecido en el artículo 221 del Código Civil.

Si ya el Código Civil contempla reglas para resolver los problemas derivados de la adquisición de productos defectuosos, cuál es la función que cumplen la Ley de Protección al Consumidor y el INDECOPI ante problemas de esta naturaleza. ¿Por qué los consumidores reciben una protección especial frente a la adquisición o consumo de bienes o servicios defectuosos distinta a los mecanismos previstos en el Código Civil? La respuesta es la siguiente: la expansión de la contratación masiva —entendiendo por ésta la realización de contratos en serie en los cuales el consumidor simplemente acepta el bien o servicio tal como el proveedor lo ha puesto en el mercado, de modo que no hay negociación o, de darse ésta, es prácticamente marginal— justifica que los consumidores reciban una especial protección por parte del ordenamiento jurídico, puesto que la cantidad de información que ellos tienen respecto de los bienes o servicios que están adquiriendo es significativamente menor a la que tienen los proveedores, por lo que sin información relevante podrían efectuar consumos ineficientes que los perjudicarían, desincentivándolos a contratar y distorsionando uno de los pilares que sostiene una economía social de mercado: la libertad de contratación.

En toda relación de consumo, el consumidor, a pesar de ser quien mejor sabe qué le interesa, no necesariamente tiene a su disposición la información que le permita adoptar las decisiones más convenientes. Existe un problema de asimetría informativa (falla de mercado) entre proveedores y consumidores que puede llegar a generar distorsiones que pongan al consumidor en la incapacidad de elegir soluciones adecuadas<sup>27</sup>.

El fundamento de la Ley de Protección al Consumidor es proteger a los consumidores de la asimetría informativa que padecen frente a los proveedores. Si en una relación contractual, el adquirente del producto no padece asimetría informativa, simplemente no hay consumidor al cual proteger con dicha ley.

Desde esa perspectiva, si el consumidor es la parte débil, no es porque tiene menos recursos, sino porque tiene menos información que el proveedor. Si el

---

<sup>27</sup> Lineamientos sobre Protección al Consumidor de la Comisión de Protección al Consumidor, aprobado por Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI. Los actuales lineamientos han sido aprobados por Resolución N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI de fecha 30 de noviembre de 2006.

problema es que el consumidor no cuenta con poder de negociación, lo que ocurre en los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, lo que debe averiguarse es si hay un problema de abuso de poder de mercado o colusión (caso en el cual debe actuar la autoridad de competencia) o de falseamiento u ocultamiento de información (caso en el cual debe actuar la autoridad de represión de la competencia desleal o de protección al consumidor), salvo que estemos ante un monopolio natural (caso en el cual el regulador aprobará administrativamente las condiciones del contrato).

Se suele considerar como una cláusula abusiva la exoneración de responsabilidad respecto de los daños ocasionados por el consumo de bienes o servicios. Sin embargo, si el proveedor informó correctamente al consumidor sobre la exoneración de responsabilidad y de la posibilidad que se generen daños, ¿cuál es el problema? Veamos el siguiente ejemplo:

Una lavandería podría ofrecer dos servicios claramente diferenciados. Asumamos que el aviso del servicio **A** dice lo siguiente: “Lavado de saco = S/. 15,00, con 100% de probabilidades de que el saco no se manchará”. El aviso **B** dice: “Lavado de saco = S/. 0,20, con 90% de probabilidades de que el saco se manchará”.

Si un consumidor contrata el servicio **B** y la lavandería le entrega el saco manchado, sería absurdo que la autoridad de protección al consumidor sancione a la lavandería por no brindar un servicio idóneo. La lavandería sí brindó un servicio idóneo, fue idóneo en función de la información recibida. La autoridad siempre debe tener claro que el quid de las normas de protección al consumidor es la asimetría informativa, pues de esta forma fomenta la eficiencia económica en los mercados. No es función de la autoridad de protección al consumidor “redistribuir” los ingresos entre la lavandería y el consumidor. Sin embargo, es frecuente que las autoridades legislativa y administrativa consideren la exoneración de responsabilidad como una cláusula abusiva sin tomar en consideración el rol que cumple la información que el proveedor suministra al consumidor. Craso error. La exoneración de responsabilidad sin información relevante previa, por supuesto que es reprochable. La exoneración de responsabilidad con información relevante previa, no tiene por qué preocuparnos.

Así también, el regulador se equivoca si cree que su misión es bajar las tarifas y recibir el aplauso de los usuarios. En primer lugar, debería inmiscuirse en la fijación de tarifas sólo si no hay competencia y ésta no es posible. La tarifa que establezca debería equilibrar la “autosostenibilidad” del servicio con el incentivo a la eficiencia productiva. Las tarifas de los servicios domiciliarios (lo que cobra el monopolista

a los consumidores finales) y los cargos de acceso a las facilidades esenciales (lo que cobra el monopolista a los usuarios intermedios o a los competidores de otras redes) tienen que equilibrar dos intereses contrapuestos: de un lado, promover la eficiencia del monopolio vía la reducción de costos; del otro, otorgar un margen de ganancia que incentive la inversión en cobertura y calidad del servicio. En el caso de monopolios naturales, la idea es que la tarifa se aproxime a los costos medios.

Ahora bien, en industrias con presencia de monopolios naturales hay segmentos de la población que no pueden pagar ni siquiera el precio regulado. ¿Qué hacer con ellos? ¿Dejarlos al desamparo? Claro que no. Es ahí donde entra en acción la otra política, la que se sustenta en el rol subsidiario del Estado, en virtud de la cual éste debe implementar el mecanismo que, al menor costo social, permita que dicha población acceda al servicio. No en vano los servicios públicos se caracterizan por el principio de acceso universal, lo que en términos sencillos significa que el Estado debe implementar cuanta medida esté a su alcance—al menor costo social posible—para que todos los ciudadanos tengan acceso al servicio público. Creemos que, a través de subastas al menor subsidio, con fondos provenientes del Tesoro Público, el Estado debería proveer servicios públicos a las personas de menores recursos que ni siquiera pueden pagar el precio fijado por el organismo regulador.

Sancionar los “precios abusivos” es otro ejemplo de desorientación de la autoridad<sup>28</sup>, en este caso de la autoridad de competencia. Ya en otro trabajo hemos señalado que sólo tiene sentido que la agencia de competencia conozca las llamadas “prácticas explotativas” (como son los “precios abusivos”) cuando estemos en un mercado caracterizado por altas barreras a la entrada, un monopolio y ausencia de regulación económica, lo cual generalmente ocurre cuando hay un monopolio legal de por medio, el más reprochable y perjudicial de los monopolios<sup>29</sup>. Para desmantelar

---

<sup>28</sup> Diego Petrecola (Ph. D. en Economía por la Universidad de Illinois en Urbana-Champaign. Ex Director del Centro de Estudios Económicos de la Regulación-CEER, Argentina), discrepa con nuestra posición, pues considera que en determinados mercados (como los de bienes transables internacionalmente, donde el costo marginal lo dan los precios internacionales; o de telecomunicaciones y del sector eléctrico, donde los organismos reguladores tienen información sobre los costos de producción de las empresas reguladas) la agencia de competencia puede conocer casos de “precios abusivos”.

<sup>29</sup> Permítasenos citar los siguientes párrafos:

*“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 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 (...)*

*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 precio que se acerque en lo posible al precio que existiría si hubiera competencia (...)*

*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 (...)*

*¿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 monopolio 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." Ver: Gómez (2006), pp. 10-14.*

monopolios legales, la autoridad de competencia tiene entre sus armas la “abogacía de competencia”<sup>30</sup>.

La autoridad de competencia no debe ni puede fijar precios. Si quisiera hacerlo, el primer problema que tendría que afrontar sería determinar cuándo un precio es “excesivo” o “abusivo”, lo cual es bastante subjetivo. El segundo problema sería que, al fijar el precio, prohibiendo el precio (supuestamente abusivo) cobrado por la empresa dominante, ésta podría cobrar S/. 0,05 menos del precio prohibido, con lo cual el pronunciamiento de la autoridad no tendría eficacia alguna, salvo que, absurdamente, tramite un nuevo procedimiento y prohíba el nuevo precio reducido en S/. 0,05, escenario en el cual la empresa sancionada podría nuevamente reducir el precio en otros S/. 0,05, y así ambos seguirían un juego absurdo en el cual sólo ganarían los abogados y economistas que asesoran a la empresa dominante.

¿Cuándo una autoridad de competencia consideraría conveniente fijar precios vía la sanción de las llamadas “prácticas explotativas”? Pues cuando, muy equivocadamente, crea que el norte de la política de competencia es “redistribuir” la riqueza entre la empresa dominante y los consumidores. Por el contrario, si se orienta bien, y comprende que el norte de la política de competencia es la eficiencia económica, su actuación se dirigirá a promover competencia, a impulsar el proceso competitivo, y confiar en que las eficiencias económicas —fruto de la competencia— mejorarán el bienestar de los consumidores. Esta lógica, por cierto, guarda correspondencia con lo recogido en el ordenamiento jurídico, el cual considera al proceso competitivo como un bien jurídico merecedor de tutela.

Otro ejemplo de falta de orientación dentro del contexto de las políticas de competencia es el intento de sancionar (con multas) el denominado “abuso de posición de dominio conjunta”, es decir, cuando varias empresas competidoras e independientes entre sí supuestamente abusan de su poder de mercado. Aquí lo que debe buscarse es la raíz del problema, el cual no es otro que un oligopolio con características excepcionales<sup>31</sup>, un oligopolio en el que las empresas involucradas,

<sup>30</sup> Frente a un monopolio legal, corresponde a la agencia de competencia solicitar o exhortar a la autoridad legislativa o administrativa que derogue o anule la ley, reglamento o acto administrativo, según corresponda, que ha otorgado la exclusividad o monopolio.

<sup>31</sup> El mercado oligopólico debe reunir todas, o cuando menos varias, de las siguientes características:

**(a) Una “especialmente alta” concentración del mercado.**

La alta concentración del mercado hace posible la configuración de la interdependencia oligopólica. Permite que los integrantes del oligopolio se supervisen unos a otros. Estamos hablando de 2, 3 o 4 empresas, no más.

---

**(b) Simetría en las cuotas de los oligopolistas.**

Empresas que cuentan con activos asimétricos tienen intereses e incentivos distintos. Una empresa que se considere, por ejemplo, con mayores ventas o mayor capacidad de producción que sus competidores no se alineará con la conducta de su competencia (ni tácita ni expresamente) si sabe que puede obtener mayores ganancias en un esquema competitivo que en uno no competitivo.

**(c) Alta transparencia en el mercado.**

Permite a cada uno de los integrantes del oligopolio observar la conducta de sus pares y alinearse a ella. Posibilita la detección y sanción de los oligopolistas “no alineados”, que hacen que el esquema no competitivo no sea rentable.

Un mercado es transparente cuando los costos de acceso de información estratégica (referida a precios, costos, demanda, etc.) son mínimos o nulos. Dicho costo normalmente es elevado, o por lo menos no mínimo, toda vez que dicha información constituye una variable estratégica para cada empresa que podría ser susceptible de ser utilizada por las empresas rivales.

**(d) Homogeneidad del producto.**

Permite que las firmas sólo necesiten alinear su conducta respecto del precio o cantidad a producir de un solo producto. La heterogeneidad de los productos de cada empresa, por el contrario, no coadyuva a la formación de un escenario de interdependencia oligopólica, pues el hecho de que las empresas alineen su conducta respecto del precio ofrecido no evitaría la competencia por la calidad del producto.

**(e) Tecnología de producción madura.**

Esta característica surge en sectores donde se ha alcanzado un nivel tecnológico estándar de modo que no existen *shocks* de tecnología que cambien los patrones de producción y características de los productos, así como sus precios.

Por el contrario, la realización de prácticas conscientemente paralelas bajo estas condiciones resulta complicada, pues dichos *shocks* ocasionarían cambios frecuentes en la demanda, debido a las variaciones en las estructuras de costos, características del producto, producción, etc.

**(f) Demanda decreciente, estática o de crecimiento moderado.**

Un contexto de demanda creciente debilitaría la posibilidad de la configuración de una colusión tácita, ya que en tal escenario una estrategia competitiva podría ser más rentable que una cooperativa (no competitiva). Asimismo, en un contexto de crecimiento acentuados de la demanda, el monitoreo se vuelve más costoso y/o complicado

Por el contrario, en un contexto de demanda decreciente, estática o de crecimiento moderado, no existirán nichos en los que alguno de los oligopolistas podría, por ejemplo, expandir su producción, y la estrategia cooperativa (no competitiva) sería más rentable.

**(g) Inelasticidad de la demanda.**

Si se encuentra una alta elasticidad de demanda (demanda elástica) es probable que el producto transado en dicho mercado tenga, por lo menos, un importante sustituto, aquél al que los consumidores migrarían ante el incremento del precio.

En cambio, la inelasticidad de demanda (demanda inelástica) denotaría la eventual inexistencia de sustitutos cercanos. Ello permitiría que las empresas oligopólicas actúen “como una sola” a efectos de aumentar el precio, pues, ante un incremento, los consumidores no tendrán otro producto al cual trasladar su demanda.

**(h) Altas barreras de ingreso al mercado.**

Permite que los oligopolistas alineen su conducta para elevar el precio, sin que la entrada de competencia potencial al mercado haga dicho aumento poco rentable.

dada la presencia de ciertos factores<sup>32</sup> que provocan una fuerte interdependencia oligopólica, desarrollan una estrategia cooperativa no coordinada, que la literatura *antitrust* europea califica como “práctica conscientemente paralela” o “colusión tácita”, que en términos sencillos significa algo así como que, si bien los oligopolistas no se han coludido expresamente, han alineado su comportamiento de tal manera que prefieren competir suavemente (una “vida cómoda”) a arriesgarse a una guerra de precios u otra forma de competencia fuerte que obligue a uno o más de los oligopolistas a salir del mercado.

Un oligopolio no es el mejor escenario para los consumidores<sup>33</sup>, pues el precio en este tipo de mercado suele estar muy por encima del precio en competencia (competencia perfecta o competencia monopolística). La agencia de competencia se equivoca si cree que sancionando al oligopolio va a lograr bajar el precio y así “redistribuir” mejor la torta. La política de competencia no tiene como meta “redistribuir” la riqueza. Ello es finalidad de otras políticas.

Si estamos ante un oligopolio con una fuerte interdependencia oligopólica, los precios se encontrarán muy por encima del costo marginal, perjudicando a los consumidores. En este escenario, la autoridad de competencia debe actuar coherentemente conforme al mandato de su política, que es promover la competencia en los mercados para que la eficiencia económica contribuya a mejorar el bienestar de los consumidores. Así, lo que debiera hacer, vía la “abogacía de competencia”, es promover la eliminación de las barreras a la entrada que podrían estar estorbando

---

<sup>32</sup> Cada miembro del oligopolio debería tener la capacidad de conocer cómo se están comportando los otros integrantes a efectos de monitorear si éstos no se están apartando de la línea de conducta común.

La situación de coordinación tácita debería ser sostenible en el tiempo, por lo que debería haber un incentivo para no apartarse de la línea de conducta común; debería haber mecanismos creíbles de sanción para aquel miembro del oligopolio que decida apartarse de la política común (la amenaza creíble de una posible guerra de precios). Además, los consumidores y el resto de competidores del mercado (las empresas que no forman parte del oligopolio) no deberían estar en capacidad de “contestar” la política común, lo que significa que el oligopolio debería tener “posición de dominio” en el sentido estricto del término.

<sup>33</sup> Obviamente nos referimos a un oligopolio según el modelo de Cournot, y no un oligopolio según el modelo de Bertrand. En un monopolio a lo Cournot, la existencia de una forma de interdependencia entre las empresas partícipes (puesto que la conducta de cada empresa influye significativamente en la de su rival) origina que el precio sea superior al costo marginal pero inferior al de la colusión. En un oligopolio a lo Bertrand, el precio es igual o cercano al costo marginal debido a que las empresas partícipes se han enfrascado en una guerra de precios.

la entrada de competidores<sup>34</sup>. Si hubiera colusión dentro del oligopolio, otra sería la respuesta: una multa severa por parte de la agencia de competencia.

## V. Colofón

Las políticas que persiguen la eficiencia económica y aquellas que se sustentan en el principio de subsidiariedad no son incompatibles entre sí. Por el contrario, se complementan mutuamente, y si son ejecutadas racional y armónicamente, con ambas es posible alcanzar el máximo bienestar social. Lo importante es que la autoridad legislativa o administrativa tenga claro cuál es el norte de la política pública que va a implementar o ejecutar; de lo contrario, podría extraviarse en un bosque enmarañado de leyes o decisiones administrativas ineficientes y contraproducentes.

## Referencias

- COOTER, R. y Th. ULEN (1999). *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica, México, D.F.
- GÓMEZ, H. (2006). “¿Cómo tutela la legislación de libre competencia al consumidor?”, En: AAVV. *Protección al Consumidor. Compendio de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*. Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo.
- LIPSKY, A. y J. SIDAK (2003). “Facilidades esenciales”. En: *Ius et Veritas*. Año XIV, N° 27, Lima, diciembre.
- SALINAS, S. (2007). “Transporte aéreo: Definiendo el rol del Estado en la economía”. En: Diario *Correo*, Lima, miércoles 25 de julio de 2007, p. 6.

---

<sup>34</sup> Un buen ejemplo de disminución de precios en un mercado oligopólico con la entrada de un nuevo competidor fue el que ocurrió en el mercado de administradoras privadas de fondos de pensiones con la incursión de AFP Prima.