

138

**LAS POLITICAS ANTIMONOPOLIO Y LA
PROMOCION DE LA COMPETENCIA
EN EL PERU**

**José Távara
Setiembre, 1997**

LAS POLITICAS ANTIMONOPOLIO Y LA PROMOCION DE LA COMPETENCIA EN EL PERU

José Távara

RESUMEN

El objetivo del trabajo es explorar los principales dilemas y desafíos que enfrentan las políticas antimonopolio y la promoción de la competencia en el Perú. Se presenta una evaluación del impacto de las reformas estructurales en las barreras a la competencia y en las posibilidades de colusión, identificando aquellas barreras y restricciones que han sobrevivido a la liberalización de los mercados. Luego se analiza el sistema de promoción de la competencia, examinando el rol jugado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). El análisis comprende la identificación de los atributos que caracterizan la estructura institucional de este sistema y, en particular, los mecanismos que condicionan el margen discrecional de los organismos competentes. También se examinan las premisas y concepciones dominantes sobre las políticas de competencia, poniendo de relieve los rasgos más destacados de la legislación vigente. El trabajo ofrece una evaluación de las consecuencias de estas políticas, teniendo en cuenta las peculiaridades institucionales específicas a la sociedad y al Estado peruanos. El método utilizado es la revisión de la legislación y de la jurisprudencia generada durante los primeros años de funcionamiento de INDECOPI.

La conclusión central del trabajo es que, en general, las reformas han logrado remover las barreras artificiales a la competencia, estimulando la inversión y la entrada de nuevos competidores. Al mismo tiempo, sin embargo, aún subsisten elementos monopólicos que reducen la eficiencia del sistema económico y afectan el bienestar de los consumidores. Además, algunos de los cambios generados por las propias reformas elevan las posibilidades de colusión entre las empresas. En efecto, la reducción del ritmo inflacionario permite una mayor visibilidad de los precios y en esa medida facilita el funcionamiento del mecanismo central que sustenta la colusión (la amenaza de represalias entre las empresas rivales). De otro lado, la reducción gradual en las tasas de descuento temporal ha elevado la ponderación de los ingresos futuros en el cálculo del valor presente y en la evaluación de las estrategias de precios, elevando el costo de desviarse de los acuerdos oligopólicos. Las posibilidades de colusión también habrían aumentado en

aquellas industrias afectadas por la renovación de maquinaria y equipos, en la medida en que dicha renovación ha dado lugar a la adopción de estándares comunes y a la reducción de las asimetrías de costos, facilitando la coordinación en torno a un precio de equilibrio. En la misma línea, las fusiones y adquisiciones registradas en algunas industrias han elevado las posibilidades de colusión y de abuso de poder de mercado.

De otro lado, la competencia efectiva y potencial de las importaciones ha reducido las posibilidades de abuso de poder de mercado por parte de las empresas localizadas en el país. Sin embargo, este mecanismo está limitado, por definición, a aquellas industrias que producen bienes y servicios transables. Los organismos responsables de las políticas de competencia podrían priorizar entonces la supervisión de aquellas industrias altamente concentradas, que involucran costos hundidos elevados, y que están menos expuestas a la competencia internacional. Pueden destacarse al respecto las industrias caracterizadas por la acumulación de activos intangibles, así como aquellas que producen bienes total o parcialmente perecibles, o que tienen un elevado peso o volumen por unidad de valor.

Las empresas de mayor envergadura cuentan con recursos que pueden ser utilizados para intentar influir en las decisiones y “capturar” a los organismos de regulación. La autonomía de las agencias de promoción de la competencia resulta entonces decisiva. Al revisar la legislación peruana encontramos que el nombramiento de los principales funcionarios del INDECOPI depende exclusivamente del Poder Ejecutivo, un poder que no tiene, actualmente, contrapesos institucionales efectivos. Si bien las resoluciones del Tribunal de INDECOPI pueden ser apeladas en la Corte Suprema de Justicia, la autonomía del Poder Judicial ha sido mellada por la interferencia sistemática del Ejecutivo. Luego de revisar brevemente el marco normativo en otros países latinoamericanos, se postula la conveniencia de dotar a esta agencia con autonomía constitucional y con personal especializado, evitando su politización. También se propone la incorporación formal y orgánica de las asociaciones de consumidores, facilitando su acceso a la información relevante. En la misma línea, se recomienda que los procesos abiertos por la infracción de las normas tengan el carácter de audiencias públicas, a fin de elevar su transparencia y reducir los riesgos de corrupción. Por último, se pone de relieve la necesidad de capacitar a los magistrados del poder judicial a fin de especializar la administración de justicia en casos de regulación y libre competencia.

Al examinar la concepción que ha orientado las políticas de competencia en el Perú, se encuentran algunos vacíos e insuficiencias. Se destacan al respecto la negativa a adoptar una política explícita de fusiones, así como la hostilidad frente a modalidades de cooperación empresarial que, en principio, podrían elevar el bienestar de la población. También se cuestiona el sesgo legalista y coercitivo de la concepción vigente, que prioriza la corrección de los procedimientos y coloca en un segundo plano el impacto de las decisiones en el bienestar y el crecimiento. Uno de los resultados del análisis es que la función de INDECOPI tiende a limitarse a la búsqueda de culpables y a la sanción de acciones pasadas, descuidando la investigación y la prevención ex-ante de acciones que limitan o distorsionan la competencia. La revisión de la jurisprudencia generada ilustra estas limitaciones. En efecto, la mayoría de denuncias se ha dirigido contra municipios, gremios tradicionales, sindicatos de trabajadores y empresas informales. En contraste, y salvo algunas excepciones destacadas, las empresas que cuentan con poder de mercado no se han visto afectadas. Como podía esperarse, las empresas de mayor envergadura se han adaptado rápidamente al nuevo marco legal, y han empezado a utilizarlo en su propio provecho.

Los resultados del trabajo ponen de relieve la necesidad de definir con mayor rigor los objetivos de las políticas de competencia teniendo en cuenta las características específicas de la sociedad peruana. Se concluye en la importancia de revisar las prioridades del INDECOPI, reorientando sus actividades a partir de un diagnóstico más elaborado sobre la estructura de los mercados y las barreras que han sobrevivido a las reformas. Al mismo tiempo, se propone adoptar, de manera simultánea, medidas orientadas a elevar la capacidad de competir de las empresas localizadas en el país. El trabajo concluye postulando que la promoción de la competencia no puede ser concebida como una función exclusiva y excluyente de las agencias del gobierno central. Por el contrario, resulta indispensable constituir sistemas permeables a la participación de los ciudadanos y de las instituciones locales.

ABSTRACT

This article provides an assessment of the trade-offs and challenges that antitrust authorities currently face in Peru. It examines the extent to which the structural reforms have succeeded in removing entry barriers and reducing the likelihood of collusion. It also examines the institutional structures of antitrust enforcement. The argument is that reforms have led to higher levels of investment and entry, creating a more competitive environment. Yet, macroeconomic stabilization has opened new avenues for collusion, enhancing the threat of retaliation among oligopolists as a result of increased price visibility and lower discount factors. Deregulation and trade liberalization have led to more contestable markets and potential competition is more effective now in disciplining the incumbent firms. But the scope of this mechanism is limited, by definition, to markets for tradeables. On the other hand, with a strong presidential system, a weak judiciary, and limited checks and balances, the antitrust agency appears to be vulnerable to “capture” from interest groups. Furthermore, both the conception that inspires antitrust and the legislation itself show some flaws, such as the refusal to adopt a merger policy, a limited focus on procedural aspects that leaves efficiency concerns aside and a groundless hostility against welfare-enhancing forms of inter-firm cooperation. This argument is illustrated with a brief assessment of the jurisprudence that has emerged during the first three years of antitrust enforcement. The article concludes with some proposals that could increase the effectiveness of competition policies in Perú.

LAS POLITICAS ANTIMONOPOLIO Y LA PROMOCION DE LA COMPETENCIA EN EL PERU

José I. Távara¹

I. INTRODUCCION

El objetivo de este trabajo es explorar los principales dilemas y desafíos que enfrentan las políticas antimonopolio y la promoción de la competencia en el Perú, en un contexto caracterizado por la desregulación de la actividad económica, por la constitución de una estructura de macroincentivos sesgada en perjuicio de la industria y por la inestabilidad de las instituciones que regulan el funcionamiento de la economía y del Estado. Intento examinar las principales paradojas y explicar los riesgos asociados a la puesta en marcha de estas políticas, poniendo de relieve algunas interrogantes e hipótesis que intentan contribuir al diseño de una agenda de investigaciones en este campo.

El momento para formular esta agenda no puede ser más oportuno. En el Perú no tenemos experiencia en regulación y promoción de la competencia, aún cuando las reformas estructurales, en particular la apertura comercial y la privatización de las empresas públicas, han precipitado la promulgación de todo un conjunto de normas y regulaciones que afectan el desempeño de industrias de gran relevancia para la economía nacional. De otro lado, los desarrollos teóricos recientes han cuestionado profundamente las visiones convencionales sobre la regulación y las políticas antimonopólicas. Estos desarrollos se sustentan en diversos supuestos axiomáticos sobre el comportamiento y la racionalidad de los agentes económicos, dando lugar a una notable proliferación de modelos y estimulando, al mismo tiempo, la formulación de propuestas normativas muchas veces divergentes y contradictorias.

Al mismo tiempo, la extraordinaria progresión de innovaciones tecnológicas así como la emergencia de nuevas industrias y nuevas formas de organización productiva, han dado lugar a cambios sustantivos en la estructura industrial. En algunos sectores estos

¹ Profesor Asociado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El autor agradece los comentarios de un arbitro anónimo así como el apoyo de Juan Carlos Carbajal en la elaboración de los cuadros y en la edición del artículo. La investigación se llevó a cabo con el apoyo del International Development Research Centre de Canada (IDRC). Como es usual, las opiniones, y eventualmente los errores e impresiones son de responsabilidad exclusiva del autor.

cambios podrían afectar el tamaño mínimo óptimo de las plantas, el grado de integración vertical de las empresas así como el desarrollo de distintas modalidades de cooperación empresarial. En la industria de las telecomunicaciones, por mencionar uno de los casos más destacados, los cambios tecnológicos han abierto nuevos espacios para la competencia, poniendo en cuestión el enfoque del monopolio natural que dio sustento al marco regulatorio vigente hasta hace pocos años. De otro lado, durante los últimos años han ingresado nuevas empresas al mercado pero también se han registrado fusiones y adquisiciones de empresas de gran envergadura.

Sabemos que las políticas de competencia y la regulación de la actividad económica son necesarias cuando se presentan fallas en el funcionamiento de los mercados. La literatura distingue tres tipos de fallas fundamentales que se asocian, respectivamente, a problemas de información asimétrica entre productores y consumidores, a la generación de externalidades, y a problemas generados por el ejercicio del poder de mercado. En este artículo nos concentraremos en esta última categoría, que corresponde con situaciones en las cuales la competencia efectiva o potencial es débil o inexistente. Nos interesa examinar las condiciones que afectan las posibilidades de comportamiento anti-competitivo, incluyendo la colusión y la creación de barreras a la competencia.

En la sección siguiente revisamos brevemente las teorías de la regulación, discutiendo su relevancia en el contexto institucional que caracteriza a la economía peruana. Luego, en la tercera sección examinamos el impacto que las reformas estructurales han tenido en la remoción de las barreras a la competencia y en las posibilidades de colusión. Nos interesa identificar las barreras que han sobrevivido a la liberalización de los mercados, caracterizando las industrias afectadas.

A continuación analizamos, en la cuarta sección, el sistema de promoción de la competencia en el Perú. Concentraremos la atención en el rol que desempeñan los organismos del Estado, examinando los mecanismos de selección de sus directores y funcionarios, su composición y autonomía, la jurisdicción y atribuciones de cada uno de ellos, así como la ausencia o debilidad de los contrapesos institucionales. También presentamos algunos rasgos de la normatividad sobre libre competencia, evaluando su impacto en el funcionamiento de los mercados. ¿Cuáles son las premisas y enfoques

dominantes en la legislación vigente? ¿Son congruentes las normas legales con las instituciones formales e informales que regulan la actividad económica en el Perú? ¿Cuales son los factores que afectan las posibilidades de detección de prácticas violatorias de la nueva normatividad y cual es el margen de discreción de los organismos responsables? Intentaremos responder estas preguntas, revisando la jurisprudencia que se ha ido generando en estos primeros años. La quinta última sección presenta las principales conclusiones y formula algunas lecciones de política.

2. TEORIAS DE LA REGULACION Y ESTRUCTURA INSTITUCIONAL

Las teorías contemporáneas de la regulación han cuestionado exitosamente el postulado de que la existencia de fallas en el funcionamiento de los mercados constituye un argumento suficiente para justificar la intervención gubernamental. La regulación es un pobre sustituto de la competencia, toda vez que la intervención del gobierno también presenta “fallas” y el remedio puede resultar peor que la enfermedad. Por este motivo la regulación solo se justifica si sus beneficios netos son significativos, considerando las imperfecciones y los costos de la intervención gubernamental.

Hasta fines de la década de 1960 muchos economistas aceptaban la “teoría del interés público” según la cual los funcionarios de las agencias estatales tienen un comportamiento orientado a maximizar el bienestar de la sociedad. En uno de sus trabajos seminales Stigler cuestiona este supuesto, postulando en cambio que, como regla general, “la regulación es adquirida por la industria, es diseñada y operada principalmente en su propio beneficio” (1971: 3). El análisis de Stigler, y de otros economistas de la escuela de Chicago, descansa en el argumento de que los reguladores son actores políticos racionales que no maximizan el bienestar social sino su propio bienestar, dadas ciertas restricciones institucionalmente específicas a cada sociedad. Los mecanismos que disciplinan este comportamiento son imperfectos debido, entre otras razones, a que los procesos políticos no generan buenos incentivos para la información y participación de los electores. Además, la organización necesaria para incidir en dichos procesos involucra costos que difieren para los distintos grupos. En general, los intereses convergentes de grupos pequeños de

empresas de una misma industria, tienden a prevalecer sobre los intereses difusos de grupos más amplios de consumidores (Stigler 1971).

Formulaciones posteriores abandonan el postulado de que las agencias de regulación son “capturadas” por un grupo de interés único, proponiendo en cambio que los beneficiarios son coaliciones compuestas por varios grupos. Las políticas de regulación buscan entonces “preservar una distribución de rentas políticamente óptima entre los miembros de la coalición” (Peltzman 1989: 13). Extendiendo el razonamiento del análisis marginal, se postula que un nuevo grupo es incorporado en la coalición cuando los beneficios de hacerlo, en el margen, exceden a los costos. De otro lado, el rango de opciones regulatorias está restringido por el hecho de que las pérdidas de bienestar aumentan a ritmos crecientes a medida que las decisiones del regulador se apartan del óptimo social.

El resultado más destacado de esta teoría es que la adopción de esquemas regulatorios perjudica a la sociedad y está determinada por las presiones de grupos dominantes y por el comportamiento racional de actores políticos y funcionarios públicos que buscan su propio interés. Irónicamente, esta teoría se formuló y empezó a difundirse en los primeros años de la década de 1970, precisamente cuando se dio inicio a un proceso de desregulación radical y sin precedentes en varias industrias en el mercado norteamericano. Este proceso no encajaba muy bien con las predicciones de la teoría, aún cuando poco después se propuso la siguiente interpretación: los regímenes de regulación vigentes habían dejado de ser funcionales a los intereses de los grupos dominantes. En este contexto se habrían redefinido y recompuesto nuevos grupos y coaliciones que lograron, exitosamente, modificar dichos regímenes en función de sus propios intereses.

Los críticos observan, sin embargo, que los analistas que adoptan este enfoque recurren frecuentemente a razonamientos tautológicos: se afirma que los grupos más poderosos son aquellos que logran sus objetivos, para luego caracterizar el poder de los grupos de acuerdo a si lograron o no dichos objetivos. Los “teóricos de la captura” tienden a identificar intereses privados en aquellas situaciones en la cuales las políticas adoptadas no corresponden *con su propia visión* del interés público. Los críticos afirman, por el contrario, que no es posible definir unívocamente el interés público; de hecho, los debates

sobre su significado constituyen precisamente la materia central de las controversias en la vida política de un país (Vogel 1996: 15).

Los modelos que enfatizan el rol de los grupos de interés colocan en un segundo plano el rol que los gobiernos y las agencias de regulación pueden jugar como actores relativamente autónomos en el proceso político. En esa medida, son incapaces de explicar las diferencias observadas en los procesos de reforma regulatoria en los distintos países (Vogel 1996). La “teoría de la captura” y sus extensiones han contribuido a popularizar la idea de que la regulación, en general, ha fracasado. Como acertadamente observa McCraw, “aún en algunos de los mejores estudios sobre regulación, el fracaso ha sido presentado no simplemente como una conclusión sino también como una premisa ... escondida detrás de explicaciones aparentemente académicas” (1984: 308). Es evidente que los grupos de interés no pueden ser ignorados en el análisis de la regulación. Sin embargo, para entender cabalmente el significado de las reformas es preciso examinar no solo los intereses privados sino también las instituciones públicas.

En efecto, desarrollos recientes en la economía política de la regulación han puesto de relieve los riesgos de concentrar exclusivamente la atención en las estructuras de incentivos resultantes de las normas adoptadas, haciendo abstracción de la dotación institucional y de la estructura de gobierno específicas a cada país. Una de las consecuencias de esta abstracción es asumir implícitamente que las normas pueden “transplantarse” sin mayores problemas de un país a otro. Este no es el caso. En realidad, las instituciones políticas y sociales interactúan con los procesos de regulación, y condicionan la credibilidad y la efectividad de los marcos regulatorios adoptados (North 1990, Schmalensee 1990).

Entre las características que definen la dotación institucional y la estructura de gobierno de un país, Levy y Spiller (1994) destacan las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo, en particular los procedimientos utilizados para nombrar y remover funcionarios, para aprobar y cambiar las leyes. También subrayan la necesidad de considerar a las instituciones judiciales, examinando su independencia y autonomía en la resolución de conflictos (en particular los conflictos entre el Estado y el sector privado) así como los mecanismos para el nombramiento y remoción de jueces. Por último, los autores

ponen de relieve la importancia de las normas sociales e informales, la naturaleza de los conflictos entre distintos grupos sociales, incluyendo el rol de las ideologías, así como el nivel de calificación y la capacidad de gestión de los recursos humanos disponibles en el país.

Uno de los aspectos centrales en este análisis es el margen de discreción con que efectivamente cuentan el Ejecutivo y las agencias de regulación. Dicho margen está determinado por las restricciones explícitas y sustantivas que regulan el funcionamiento de estas agencias, por las restricciones de carácter procesal que afectan los cambios en la legislación y en la normatividad, así como también por las instituciones que aseguran y ponen en vigor estos dos conjuntos de restricciones. Si este margen de discreción es elevado, el riesgo de que el Ejecutivo y los organismos de regulación sean “capturados” por los grupos de interés es ciertamente mayor. En estas circunstancias, el gobierno puede tratar de “comprar cierta credibilidad” frente a inversionistas potenciales, sobre todo en las industrias que operan con activos específicos y costos hundidos, restringiendo radicalmente el margen de discreción de las agencias.² Es preciso advertir, sin embargo, que la promesa de impedir el comportamiento arbitrario tiene muy poca credibilidad si el propio poder ejecutivo actúa discrecionalmente, violentando el marco jurídico y constitucional en el que opera.

En el Perú el régimen político se caracteriza por la concentración del poder en el ejecutivo, por la subordinación del órgano legislativo y por el sometimiento del sistema judicial. El poder discrecional del Ejecutivo es considerable y no existen los contrapesos institucionales necesarios para estabilizar las reglas del juego, en particular las reglas que regulan cómo se cambian las reglas, y elevar la credibilidad del proceso de reformas adoptadas.³ Además, si bien las agencias de regulación cuentan con profesionales altamente calificados, no todos sus funcionarios tienen la formación técnica especializada necesaria para lograr un buen desempeño. Esta limitación tiene suma relevancia considerando la complejidad del proceso regulatorio, las distintas perspectivas y aspectos a tener en cuenta – jurídicos y contractuales, tecnológicos, económicos y políticos – así como

² Agradezco la observación formulada por el árbitro anónimo sobre este punto específico.

³ Ver al respecto el artículo de Francisco Miro Quesada “Institucionalidad y Democracia”, en el diario El Comercio del 21 de mayo de 1997 (p. A2).

también las asimetrías de información y los ingentes recursos de que disponen las empresas reguladas, la mayoría de las cuales operan a escala transnacional.

Este contexto institucional restringe el rango de modalidades e incentivos regulatorios viables en la perspectiva de atraer inversión extranjera, induciendo al gobierno a ofrecer esquemas más rígidos con reglas muy específicas que limitan su margen discrecional. Una manera de hacerlo es ofreciendo salvaguardas y garantías complementarias con la participación de organismos multilaterales e instancias de arbitraje internacional. De otro lado, sin embargo, el costo de reducir la flexibilidad del marco regulatorio puede ser elevado en términos de bienestar y de eficiencia dinámica, sobre todo en aquellos sectores afectados por procesos de cambio tecnológico acelerado, como es el caso de las telecomunicaciones (Sappington y Weisman 1996).

En síntesis, las teorías del interés público ofrecen una interpretación ingenua y en el mejor de los casos insuficiente de la intervención del Estado en la economía. Las teorías de la regulación formuladas por Stiglitz y sus colegas de la escuela de Chicago, ofrecen una visión más compleja que pone de relieve las posibilidades de “captura” de los organismos gubernamentales por los grupos de interés. Sin embargo, esta visión relega a un segundo plano el rol de las ideas y de las instituciones así como las peculiaridades históricas y políticas específicas a cada país. En esa medida también resulta insuficiente para entender el significado de las reformas que observamos en el Perú. En las líneas que siguen ponemos de relieve algunos de los efectos más destacados de estas reformas en el funcionamiento de los mercados.

3. REFORMAS ESTRUCTURALES, BARRERAS A LA COMPETENCIA Y POSIBILIDADES DE COLUSION

A comienzos de los 1990s el gobierno peruano puso en marcha una serie de reformas estructurales orientadas a estimular la iniciativa privada limitando la intervención del Estado en la economía. Entre las medidas más destacadas pueden mencionarse la remoción de restricciones a la inversión extranjera y a la repatriación de las utilidades, la apertura de la economía al comercio internacional, la privatización de las empresas públicas y la desregulación de los mercados.

Un componente central de estas reformas ha sido la eliminación o reducción de casi todas las barreras artificiales a la competencia provocadas por la intervención del Estado en la economía. La literatura distingue otro tipo de barreras, de naturaleza endógena o estructural, cuya remoción no siempre es posible ni conveniente en la medida en que provoca pérdidas de eficiencia. Podemos mencionar al respecto las economías de escala así como las ventajas absolutas de costos que resultan del control de fuentes de suministro de insumos, del aprendizaje y acumulación de capital, o de la utilización de técnicas superiores. Además, los requerimientos de capital para ingresar a un mercado pueden ser elevados debido, por ejemplo, al alto grado de integración vertical de las empresas. De otro lado, los costos financieros son a veces más altos para las empresas ingresantes. Estas barreras pueden impedir que los aumentos en la productividad beneficien a los consumidores vía reducciones de precios.

Las reformas estructurales parecen haber reducido algunas de estas barreras. Hoy es más fácil obtener información sobre mercados y tecnología, comprar insumos y productos importados, y acceder a fuentes alternativas de financiamiento. Además, el estímulo a la inversión privada se ha traducido no solo en la expansión de las empresas existentes sino también en la creación de nuevas empresas, dando lugar a un entorno de mayor competencia. Sin embargo, es necesario examinar si las reformas también han generado nuevas condiciones que facilitan la colusión y el comportamiento anti-competitivo. La colusión descansa en la amenaza de represalias contra las empresas que se desvían del acuerdo adoptado, por ejemplo reduciendo el precio. La colusión tiene mayores posibilidades de sostenerse cuando el número de empresas es más reducido y el grado de concentración en el mercado es más elevado.

Las posibilidades de colusión también dependen de los retardos en la detección (Tirole 1989). La amenaza de las represalias tiene credibilidad y es efectiva siempre y cuando sea posible descubrir oportunamente a la empresa que se desvía del acuerdo. En muchas industrias los precios pueden observarse con relativa facilidad, pero en otros casos los sistemas de comercialización son más opacos y los precios no son observables o solo se observan con cierto retardo. Las represalias, en caso de adoptarse, se harían efectivas con un desfase temporal y por lo tanto serían menos costosas para la empresa que las provocó.

Los retardos en la detección hacen el futuro más distante y debilitan el mecanismo que sustenta la colusión. La intensidad de las represalias y las posibilidades de colusión son más reducidas cuando los ingresos futuros se “penalizan” con tasas de descuento más elevadas. Por el contrario, cuanto más importante es el futuro y más frecuentes son las interacciones con las empresas rivales, mayores son los incentivos para respetar los acuerdos. Por este motivo la reducción en las tasas de descuento resultante de la estabilización de la economía y del cambio en las expectativas de los agentes económicos podría, *caeteris paribus*, facilitar la colusión. En la misma línea, podemos esperar que la estabilización macroeconómica y la reducción del ritmo inflacionario en particular, eleven la visibilidad de la conducta de las empresas rivales generando condiciones más favorables para la colusión. Al mismo tiempo, la estabilización de los precios también facilita la supervisión de las autoridades responsables de promover la competencia.

La segunda categoría básica que afecta la colusión es la existencia de asimetrías entre las empresas. Cuando las empresas utilizan distintas tecnologías y operan con estructuras de costos diferentes, enfrentan mayores dificultades para coordinar en torno a un precio de equilibrio. Tenemos una situación similar cuando las empresas producen bienes diferenciados. En general, la heterogeneidad en los costos y en los productos hace más difícil la colusión. Aún cuando no contamos con investigaciones sobre el impacto de las reformas en la estructura industrial del país, es probable que la liberalización comercial y la reducción del tipo de cambio real hayan estimulado la renovación de equipos y maquinaria en algunas empresas, particularmente en industrias oligopólicas, facilitando la adopción de nuevos estándares de producción. En esa medida, la heterogeneidad se habría reducido y por lo tanto las posibilidades de colusión habrían aumentado. De otro lado, en las industrias caracterizadas por la informalidad y la competencia monopolística, la diferenciación se habría mantenido, haciendo más difícil la colusión. (Schydrowsky y Schuldt 1997).

En líneas generales, la liberalización del comercio exterior eleva la intensidad de la competencia y reduce las posibilidades de colusión entre productores locales. Sin embargo, la disciplina que introducen las importaciones competitivas se limita, por definición, a las industrias productoras de bienes y servicios transables. Además, en algunas industrias las empresas han logrado acumular activos intangibles (que se expresan en la reputación y en

el prestigio de la marca) y tienen el control de los canales de comercialización y de las estructuras verticales de aprovisionamiento de insumos. La utilización de controles verticales como la fijación de precios de reventa, las compras atadas y los contratos de exclusividad con clientes y proveedores, puede hacer más difícil el ingreso de productos importados que compitan con las empresas establecidas.⁴

También es necesario destacar las industrias que producen bienes parcial o totalmente perecibles, o con un mayor volumen o peso por unidad de valor, y en esa medida con un mayor grado de protección natural frente a las importaciones. Pueden mencionarse como ejemplos las industrias del cemento y otros materiales de construcción, la producción de cerveza y algunos rubros de la industria de alimentos (harina, aceites, alimentos preparados para animales, bebidas embotelladas, entre otros). En estos casos, la ubicación geográfica del mercado limeño en el centro del país, otorga una ventaja adicional a los productores locales frente a la competencia de las empresas localizadas en otros países. Es posible afirmar entonces que las posibilidades de colusión son mayores, *caeteris paribus*, en aquellas industrias menos vulnerables a la competencia internacional.

En síntesis, las reformas estructurales han reducido las distorsiones y eliminado las barreras legales a la competencia, generando fuertes incentivos a la inversión privada. Las nuevas inversiones se han materializado en la expansión de las empresas existentes pero también en la creación de nuevas empresas. En este sentido las reformas, en su conjunto, han dado lugar a un entorno de mayor competencia. Al mismo tiempo, sin embargo, estas mismas reformas parecen haber generado condiciones más favorables para la colusión en algunas industrias, sobre todo en aquellas que operan con activos específicos y costos hundidos, o que producen bienes y servicios no transables. La reducción del ritmo inflacionario ha elevado la visibilidad de los precios y en esa medida facilita el funcionamiento del mecanismo básico que sustenta la colusión: la amenaza de represalias entre las empresas rivales. En la misma línea, la reducción en las tasas de interés y en las tasas de descuento temporal eleva la ponderación de los ingresos futuros, y por lo tanto

⁴

La empresa establecida puede abusar de su poder de mercado obligando a sus clientes a suscribir contratos de largo plazo con cláusulas de penalización por rescisión prematura. Esta práctica ha sido denunciada por empresas usuarias de electricidad en el segmento no regulado del sector eléctrico peruano.

de los acuerdos. De otro lado, la liberalización comercial y el retraso cambiario pueden haber acelerado la renovación de la maquinaria y la adopción de estándares industriales comunes entre las empresas, reduciendo las asimetrías de costos. Las posibilidades de colusión también podrían haber aumentado al elevarse el grado de concentración en los mercados afectados por privatizaciones, fusiones y adquisiciones de empresas de gran envergadura, como es el caso del sector eléctrico, los hidrocarburos, la industria de la cerveza y algunos segmentos de la industria de alimentos. El ingreso de nuevos competidores habría contrarrestado esta tendencia en otros mercados.

4. LAS INSTITUCIONES DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL PERÚ

Las principales normas sobre libre competencia en el Perú se promulgaron en 1991, al iniciarse las reformas estructurales. Hasta comienzos de la década de 1990, el Perú no contaba con un conjunto orgánico de regulaciones que tipificaran adecuadamente los delitos de naturaleza económica. De hecho, para sancionar este tipo de delitos “se recurrió a la legislación que tipificaba la estafa y otras figuras delictivas conexas” (Lamas 1996). Pueden mencionarse al respecto diversos delitos contra los consumidores como el acaparamiento, la alteración y adulteración de los productos, y la publicidad engañosa.

Con la promulgación del nuevo Código Penal en 1991 se avanzó en especificar con mayor rigor este tipo de delitos. Luego, en noviembre del mismo año, se promulgaron tres decretos legislativos que constituyen la base de la legislación vigente. El primero de ellos se promulgó con el objetivo explícito de “eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia” (DL 701). El segundo, promulgado como “la nueva ley de protección del consumidor” (DL 716) establecía las responsabilidades de los proveedores y los derechos de los consumidores, particularmente en el acceso a la información sobre los bienes y servicios transados. Por último, se promulgaron nuevas “normas de la publicidad en defensa del consumidor” (DL 691).

Inicialmente se dispuso la creación de una Comisión Multisectorial de Libre Competencia, como el organismo encargado de velar por el cumplimiento de las nuevas normas. Esta Comisión estaría constituida por cuatro representantes del Ejecutivo y por dos

representantes de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP). Sin embargo, pocos meses después se promulgó un nuevo dispositivo legal que eliminaba esta Comisión y creaba, en su lugar, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Las funciones centrales de INDECOPI son “proteger el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia... así como de las prácticas que generan competencia desleal... [proteger] los derechos de la propiedad intelectual, la calidad de los productos, y otros que se le asignen” (DL 701, art. 2) . Su organismo máximo es el Directorio, el cual está integrado por tres miembros designados por el Ejecutivo, dos de ellos en representación del Ministerio de Industria y el tercero del Ministerio de Economía y Finanzas.

El diseño inicial del INDECOPI establecía la constitución de un Consejo Consultivo integrado por 9 miembros, 5 de ellos en representación del sector privado.⁵ Este Consejo asumía funciones destacadas, entre ellas la de proponer al Directorio los candidatos a vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, así como también las ternas de candidatos a presidentes y miembros de las distintas comisiones. Sin embargo, un nuevo dispositivo promulgado en abril de 1996 alteró la composición de este Consejo y modificó sus atribuciones. En efecto, se decidió que el Consejo Consultivo sería designado por el Directorio y “estará integrado por un número no menor a seis y no mayor a doce miembros”, sin especificar su procedencia. Además, se eliminó su atribución de proponer candidatos a vocales del Tribunal.⁶ Desde entonces, los vocales del Tribunal son designados por el Ejecutivo a propuesta del Directorio, “el que tomará en consideración la

⁵ El DL 25868 definió la composición del Consejo Consultivo de la siguiente manera: 4 representantes de los Ministerios de Industria, Economía y Finanzas, Educación y Justicia; dos de la CONFIEP, uno de la Asamblea Nacional de Rectores, uno de las asociaciones de consumidores y uno de las asociaciones autorales y de inventores.

⁶ Un funcionario de INDECOPI comentó que el cambio era necesario considerando que los representantes de las instituciones que constituían el Comité Consultivo no siempre tenían suficiente competencia profesional. Además, se presentaron problemas de ausentismo, pues no todos los miembros del Comité asistían a las sesiones. El cambio en la legislación buscaba, según este funcionario, evitar la transformación del Comité Consultivo en una instancia de “lobby” y cabildeo. De otro lado, el Presidente de una asociación de consumidores sostuvo que este Comité se había convertido en un “órgano decorativo” y que “no era consultado para nada” por el Directorio, lo cual provocó la renuncia del representante de los consumidores.

opinión del Consejo Consultivo”. En la misma línea, se otorgó al Directorio la facultad de designar a los miembros de las comisiones “previa opinión del Consejo Consultivo”.

El Tribunal está constituido por la sala de Defensa de la Competencia y la sala de la Propiedad Intelectual, integradas por 6 y 4 vocales respectivamente. En la legislación original se estableció que los vocales “solo podrán ser removidos de sus cargos por incurrir en negligencia, incompetencia o inmoralidad.” Esta formulación se ha mantenido, pero añadiendo que “por tratarse de un cargo de confianza podrán ser removidos sin expresión de causa, siempre que se cuente con la opinión favorable del Directorio y el Consejo Consultivo [del INDECOPI] y del Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.”

Dado que el Ejecutivo designa a los tres miembros del Directorio y que este último designa al Consejo Consultivo, la remoción de los vocales del Tribunal puede proceder “sin expresión de causa” por decisión exclusiva del Ejecutivo. Este diseño es similar al observado en países como Méjico y Venezuela, y difiere de otros sistemas cuyos organismos cuentan con mayor autonomía. En Brasil, los miembros del *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* son nominados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado Federal, la única instancia con potestad para revocar su mandato. En Argentina, los vocales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia sólo pueden ser removidos por decisión de un jurado presidido por el Procurador del Tesoro de la Nación . La ley establece que el jurado “dictará normas de procedimiento que aseguren el derecho de defensa y el debido trámite de causa.” ⁷

Por último, la legislación chilena es mas explícita en relación a la independencia y autonomía de sus organismos. Además, los contrapesos institucionales y el equilibrio de poderes son más evidentes. En Chile existen varios organismos y servicios encargados de la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia: las Comisiones Preventivas Regionales, la Comisión Preventiva Central, la Comisión

⁷

Ver al respecto Comisión de las Comunidades Europeas, “Compilación de Legislación de la Competencia en América Latina.” Bruselas: 1996.

Resolutiva y la Fiscalía Nacional Económica.⁸ Esta última está dirigida por el Fiscal Nacional, quien “será de libre designación del Presidente de la República ... y solo podrá ser removido y sancionado, según proponga la Contraloría General de la República, previo sumario instruido por esta.” El Fiscal Nacional “es independiente de todas las autoridades o tribunales ... puede defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.” Entre las atribuciones del Fiscal se encuentra la de “actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico...”, lo cual contrasta con la imagen de “árbitro” frecuentemente utilizada para definir la misión del INDECOPI en el Perú.

A pesar de las limitaciones observadas, no hay evidencia de la vulnerabilidad de INDECOPI a las presiones de grupos de interés. Al mismo tiempo, puede observarse cierta cautela en su funcionamiento. En efecto las nuevas normas no se han puesto en vigencia con la firmeza que se podría esperar. También se observa la misma cautela en otros países latinoamericanos. Examinando la experiencia chilena Serra sostiene que “a pesar de las amplias facultades que concede la Ley a los organismos antimonopolios, estos las han ejercido con parsimonia. Esto se puede explicar por la natural prudencia ante la vastedad de las atribuciones y el reconocimiento de sus propias limitaciones” (1995: 70). En otros contextos la prudencia podría atribuirse a las características inherentes a la estructura de poder, el régimen político y el desarrollo institucional alcanzado. Pueden mencionarse al respecto la ausencia de contrapesos y mecanismos de control, la debilidad del poder judicial y la propia vulnerabilidad de las agencias de regulación y promoción de la competencia frente a los intereses económicos y políticos. Al examinar la experiencia reciente en América Latina algunos analistas sugieren que de presentarse una confrontación entre estas agencias y los grupos de poder, las agencias llevarían las de perder.

Según la legislación vigente, las resoluciones del Tribunal de INDECOPI pueden ser impugnadas en la vía judicial, en primera instancia ante la Sala Civil de la Corte Suprema, y en segunda Instancia ante la Sala de Derecho Constitucional y Social de la

⁸ Las dos primeras están integradas por representantes del Ejecutivo, por profesores universitarios y por representantes de las Juntas de Vecinos. En la Comisión Resolutiva participan dos representantes del Ejecutivo, un Ministro de la Corte Suprema y dos Decanos de Facultades de Ciencias Económicas y Ciencias Jurídicas de Universidades con sede en Santiago. Una evaluación crítica de la composición y funcionamiento de estas comisiones puede encontrarse en Serra (1995).

misma Corte. Sin embargo, como se señaló líneas arriba, el Poder Judicial tiene actualmente muy poca autonomía. Los medios de comunicación han reportado violaciones constantes y reiteradas de principios procesales y constitucionales básicos, cambios imprevistos de jueces y personal auxiliar, la creación y desactivación de órganos jurisdiccionales, la proliferación de jueces provisionales cuyas funciones se prolongan indefinidamente, la interferencia del Ejecutivo en la Fiscalía de la Nación y, más recientemente, la destitución de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Legislación y jurisprudencia. Enfoques y concepciones vigentes.

Las normas vigentes en el Perú especifican con cierta precisión las diversas prácticas que configuran abuso de posición de dominio en el mercado y que restringen o distorsionan la libre competencia.⁹ Sin embargo, tanto la evolución de estas normas como la jurisprudencia reciente ponen de relieve una concepción según la cual las reformas estructurales, en particular la desregulación de los mercados y la apertura comercial, hacen innecesaria la adopción de políticas anti-monopolio más activas. En esta perspectiva se sostiene que en lugar de adoptar regímenes más estrictos contra el abuso de poder de mercado, las autoridades deben seguir concentrando sus esfuerzos en remover las barreras artificiales creadas por las políticas gubernamentales, generando al mismo tiempo las instituciones necesarias para eliminar el comportamiento rentista y especulativo (Rodríguez y Coate 1996). A continuación destacamos algunos aspectos que ilustran y documentan esta concepción.

En primer lugar, no tenemos aún una política de fusiones.¹⁰ La decisión del gobierno, por el momento, es “regular la conducta y no la estructura”. En la concepción

⁹ Los casos tipificados de abuso de posición de dominio son la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o las ofertas de venta, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tales contratos. De otro lado, se consideran prácticas restrictivas de la libre competencia la fijación concertada de precios o de otras condiciones, el reparto del mercado, de las fuentes de aprovisionamiento, o de las cuotas de producción, y la concertación de la calidad de los productos (cuando no corresponda a normas técnicas y afecte negativamente al consumidor).

¹⁰ La única excepción se refiere a la prohibición expresa a la integración vertical contenida en la Ley de Concesiones Eléctricas. Esta ley establece la separación de las actividades de generación, transmisión y distribución de electricidad, y prohíbe que una misma empresa opere simultáneamente en dos o tres de ellas.

vigente las fusiones son una respuesta racional de las empresas al nuevo entorno económico, toda vez que bajo el régimen proteccionista anterior, las empresas operaban a una escala inferior a la óptima. Las industrias se encontraban sobrepobladas de empresas ineficientes, que producían lotes demasiado pequeños con costos unitarios elevados. La negativa a adoptar una política de fusiones respondería al objetivo de facilitar la reestructuración de las empresas y su adecuación al nuevo contexto. Algunos analistas afirman que la supervisión de las fusiones “no es esencial” durante el período de transición, y que solo tiene sentido cuando las economías alcanzan “el equilibrio de largo plazo” (Rodríguez 1996).

De otro lado se afirma que el mercado peruano es muy reducido y por lo tanto los índices de concentración son inevitablemente mayores a los observados en economías de mayor tamaño. Las fusiones estarían principalmente motivadas por el aprovechamiento de economías de escala y no tanto por la búsqueda de poder de mercado. Por ejemplo, en 1983 la mayor cervecera del país (Backus y Jonhston) tenía una capacidad instalada de 2.5 millones de hectolitros, es decir menos de la mitad del tamaño mínimo óptimo que según Scherer (1980) estaba en el orden de los 5.3 millones de hectolitros (Alcorta 1992a: 236). Es probable que la escala mínima se haya reducido como resultado de los cambios en la tecnología y en la segmentación de los mercados que se registran desde la década pasada. En cualquier caso, el argumento de las economías de escala no puede ser aceptado o rechazado a priori, sino que es necesario examinar cada industria por separado.

También se afirma que la adopción de una política de fusiones podría estimular la corrupción de los funcionarios encargados de ponerla en práctica. Estos procedimientos requieren del acceso a información de carácter confidencial sobre la situación de las empresas a fusionarse, que podría ser manipulada por funcionarios inescrupulosos. Este argumento es consistente con los postulados de “la teoría de la captura”, según la cual los organismos de regulación terminan siendo manipulados por los grupos de interés.¹¹ Por

¹¹ Nadie se atreve a afirmar, de manera explícita, que los funcionarios peruanos son mas propensos a la corrupción que los funcionarios de otros países. Esta afirmación daría lugar a nuevas preguntas (por ejemplo de qué dependen las posibilidades de corrupción) y a nuevas hipótesis (de la naturaleza del régimen político, y en particular de la autonomía de las instituciones, de la transparencia en su gestión y de la rendición de cuentas, de la alternancia en el poder, del equilibrio de poderes y de los contrapesos existentes, etc.).

último, ejecutivos de empresas en proceso de fusión han formulado el conocido argumento de los “campeones nacionales.” Afirman que las fusiones son indispensables para elevar la competitividad de las empresas nacionales frente a empresas de mayor envergadura que operan a escala transnacional. Limitar las fusiones tendría el efecto perverso de colocar en desventaja a las empresas locales, las cuales necesitan racionalizarse a fin de enfrentar en mejores condiciones el desafío de la globalización.

Esta concepción no es compartida por analistas y funcionarios de agencias de regulación de otros países, algunos de los cuales han expresado su preocupación por las barreras provocadas por el comportamiento de las empresas (Warner 1996). En esta perspectiva, la decisión de no regular las fusiones así como la negativa a poner en vigor disposiciones que limitan el comportamiento anticompetitivo y excluyente (por ejemplo la creación de barreras vía contratos de exclusividad con proveedores y clientes), pueden ser interpretados como signos de proteccionismo y aún de una “política industrial implícita”.

La experiencia de los países industrializados muestra que en ciertos casos la regulación de la conducta resulta insuficiente y que es necesario “regular la estructura”. Además, es mucho mejor prevenir los abusos del poder de mercado con una política de fusiones, que reaccionar ex-post con medidas más drásticas como la fragmentación de las empresas. Y así como una política exageradamente restrictiva contra las fusiones provoca pérdidas de eficiencia, así también una política laxa y permisiva -- o peor aún, la ausencia de una política explícita -- facilita la consolidación de elementos monopólicos en el mercado. Como acertadamente observa Khemani, la política de fusiones “debe consistir de un conjunto flexible de instrumentos aplicables caso por caso”, a fin de promover simultáneamente la competencia y el incremento en la eficiencia económica (1992: 219).

Un segundo aspecto que ilustra la concepción vigente es la hostilidad frente a la cooperación empresarial. Algunos cambios recientes en la normatividad resultan particularmente ilustrativos. En efecto, se ha eliminado de la legislación original ¹² un artículo que acertadamente, a mi juicio, admitía la posibilidad de autorizar acuerdos entre empresas en los siguientes casos:

¹² Decreto Legislativo 701, artículo 7.

- a) cuando contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico... sin afectar negativamente a los consumidores
- b) cuando tengan por objeto promover la capacidad exportadora nacional
- c) cuando tengan por objeto, en forma coyuntural o temporal, la adecuación de la oferta a la demanda... o cuando los excesos de la capacidad productiva sean claramente antieconómicos
- d) cuando produzcan una elevación suficientemente importante del nivel de vida de zonas geográficas o sectores económicos deprimidos

Al derogar este artículo se plantea la posibilidad de sancionar modalidades de cooperación empresarial que, en principio, podrían elevar el bienestar de la población. Puede advertirse que la vigencia de este artículo otorgaba cierto margen e interpretación a los funcionarios de INDECOPI, los cuales debían examinar los acuerdos entre empresas caso por caso, recurriendo a “la regla de la razón”.

Una de las expresiones más destacadas de la cooperación empresarial es el intercambio y difusión de información al interior de las asociaciones de empresas. Un caso reciente resulta ilustrativo de la concepción que estamos examinando. En enero de 1997 la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI anunció los resultados de una investigación de oficio, presentando evidencia de acuerdos orientados a concertar el precio de pollo vivo en Lima Metropolitana y el Callao. En consecuencia impuso multas por un total de 15 millones de soles a la Asociación Peruana de Avicultura y a 21 empresas avícolas directamente involucradas.

Independientemente del acierto de esta decisión, y sin examinar la cuestión de fondo, algunos argumentos presentados en la resolución de INDECOPI resultan cuestionables desde la teoría económica. Por ejemplo, al especificar cuales son los acuerdos de cooperación entre empresas que no restringen la libre competencia, INDECOPI precisa que no es ilegal “el intercambio o difusión de información a través de organizaciones gremiales sobre producción y ventas, siempre que se trate de cifras agregadas donde no se identifique a las empresas”. En otro documento se sostiene que “no constituiría una

infracción el intercambio de información que tiende a crear una competencia más agresiva entre las empresas...”¹³

Este argumento no tiene consistencia y además resulta impracticable. Uno de los principios fundamentales en la economía de libre mercado es la transparencia en el flujo de información. Sería mas sensato estimular una mayor transparencia, promoviendo precisamente la eliminación de barreras arbitrarias que limitan el acceso a dicha información y que afectan, por ejemplo, a las empresas que no forman parte de las asociaciones. De otro lado, ¿cómo sabemos si la información tiende o no a crear “una competencia más agresiva”? ¿Por qué la agresividad de la competencia tiene que constituir el criterio que define si dicho intercambio es o no ilegal? ¿Como medimos la agresividad? ¿Cómo juzgamos las intenciones o motivaciones del intercambio de información?

La resolución de INDECOPI en este caso específico pone de relieve una concepción según la cual la cooperación entre empresas inevitablemente degenera en la formación de *lobbies* y “coaliciones redistributivas”, que succionan recursos de la economía en su propio provecho (Olson 1968). Esta concepción tiene una larga tradición en el pensamiento económico que se remonta a Adam Smith, quien sostenía que “la gente del mismo negocio raramente se reúne, aunque sea por placer o diversión, sin que la conversación termine en una conspiración contra el público o en un acuerdo para elevar los precios” (1976: I:144).¹⁴

Si llevamos esta concepción hasta el extremo podríamos concluir en que es necesario impedir estas reuniones, disolver las asociaciones empresariales y promover la fragmentación de la sociedad. A mayor atomización del tejido social, mayor bienestar. Esta conclusión es absurda y no resiste una confrontación con la teoría ni con la historia económica. De hecho, destacados economistas demostraron hace más de un siglo que determinadas formas de cooperación empresarial elevan la eficiencia y el bienestar de la población (Marshall 1923, 1961). Investigaciones mas recientes revelan que las sociedades

¹³ Las citas han sido tomadas, respectivamente, de la notas de prensa de INDECOPI del 20 de enero de 1997 (p. 11) y del 13 de setiembre de 1996 (p.2).

¹⁴ La cita textual es la siguiente: “people of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.” Citado en Kreps (1990: 524).

más desarrolladas se caracterizan por la proliferación de asociaciones empresariales y profesionales orientadas a la creación de valor y no a la extracción de rentas.¹⁵

Otra expresión destacada de la concepción que estamos examinando, es la decisión de INDECOPI de eliminar las intervenciones ex-ante y privilegiar las acciones ex-post. Las primeras son asociadas al intervencionismo estatal, y comprenden una variedad de medidas burocráticas orientadas a controlar las condiciones de entrada y el funcionamiento del mercado (controles de precios, normas y regulaciones técnicas obligatorias, licencias, registros y autorizaciones, etc.). Al limitar la intervención a acciones ex-post se eliminan los sobrecostos en que incurren las empresas para superar los controles. Además, esto “reduce los riesgos de corrupción de funcionarios, al privarlos del poder de bloquear el acceso al mercado”(INDECOPI 1996:5).

Como acertadamente observa INDECOPI, “durante años, el Estado peruano privilegió el uso de acciones de control ex-ante”(1996: 4) lo cual dio lugar a una serie de distorsiones que, en efecto, tuvieron un impacto negativo en la eficiencia y en el bienestar. No parece muy adecuado, sin embargo, descalificar a priori todas las modalidades de intervención ex-ante. La historia de la regulación y la jurisprudencia internacional muestran que determinadas acciones preventivas, distintas de aquellas que INDECOPI acertadamente critica, han tenido un impacto positivo en el bienestar de los consumidores.¹⁶

Sabemos que la regulación y las políticas de competencia enfrentan restricciones de distinta naturaleza (Laffont y Tirole 1993).¹⁷ Una manera de enfrentar estas restricciones,

¹⁵ Existen numerosos trabajos que examinan la relación entre cooperación empresarial y desarrollo económico. Puede revisarse al respecto el estudio del Banco Mundial sobre los países del Sudeste Asiático (World Bank 1992) y los trabajos de Chandler (1990), Lazonick (1990, 1991) y Stiglitz (1996), por mencionar solo algunos.

¹⁶ La propia legislación peruana establece que “las comisiones y oficinas [de INDECOPI] podrán aprobar pautas o lineamientos que, sin tener carácter vinculante, orienten a los agentes económicos sobre los alcances y criterios de interpretación de las normas ...” (art. 9, DL 807). En la misma línea, algunas resoluciones iniciales del INDECOPI han hecho explícito el objetivo de “evitar, antes que sancionar, conductas contrarias a la libre competencia.” El rechazo a la intervención ex-ante es más reciente y se encuentra en el documento de fundamentación del DL 807.

¹⁷ Laffont y Tirole identifican tres tipos de restricciones regulatorias: informativas (que se expresan, por ejemplo, en los problemas de riesgo moral y selección adversa), “transaccionales” (que se traducen en costos de transacción) y administrativas y políticas (que limitan tanto el ámbito de la regulación como el rango de instrumentos que pueden ser utilizados).

en particular aquellas derivadas del poder de los grupos de interés, es utilizar la capacidad persuasiva de las agencias de regulación en conjunción con un instrumento disuasivo fundamental: la movilización de la opinión pública. De hecho, el poder de las primeras agencias en la historia de la regulación norteamericana, apropiadamente bautizadas como las *sunshine commissions*, residía principalmente en su facultad de solicitar y obtener información de las empresas reguladas, en su capacidad de investigar e identificar los problemas centrales de la industria, y en su disposición a publicar y difundir los resultados.

Los instrumentos más utilizados por estas agencias fueron las cartas circulares, los reportes periódicos y los informes especiales sobre temas controvertidos, cuya publicidad e impacto en la opinión pública resultaron mucho más eficaces que las sanciones ex-post (sanciones que, por lo demás, no siempre formaban parte de las atribuciones en dichas agencias o podían ser revocadas por las Cortes de Justicia). En algunos casos, esta actividad logró establecer estándares elevados con reportes de alta calidad, tanto por su rigor analítico como por su contenido (MacCraw, 1984).

El objetivo final de las *sunshine commissions* era promover el aumento del bienestar de los consumidores, estimulando la expansión del producto y el aumento de la calidad en las industrias reguladas. En esta perspectiva, la imposición frecuente de normas y sanciones podía dar lugar a victorias pírricas, las cuales, finalmente, terminaban contaminando las relaciones con las empresas, afectando sus estrategias de inversión. Una agencia de regulación de este tipo no puede depender de las decisiones de abogados, por más calificados que sean, sino que requiere de equipos multidisciplinarios y personal bien formado, con capacidad de acceder y procesar información sobre temas tan diversos como el desarrollo de tecnologías avanzadas en industrias específicas, la legislación comparada y la normatividad vigente en materia de libre competencia y comercio internacional, el funcionamiento de mercados en sectores tradicionales, la dinámica de las asociaciones empresariales, entre otros.

Este enfoque enfatiza la prevención ex-ante de acciones ilegales que limitan o distorsionan la competencia. En contraste, el enfoque de la regulación coercitiva pone el acento en encontrar culpables y en sancionar acciones pasadas. Un supuesto central de la concepción que estamos examinando, es que siempre es posible formular un conjunto de

reglas precisas que distingan con claridad lo que las empresas pueden y lo que no pueden hacer. Esto permitiría restringir el margen de discreción de los organismos reguladores, limitando las posibilidades de corrupción. El resultado es un sesgo legalista muy frecuente en los organismos de regulación, sobre todo en aquellos dirigidos por abogados con débil formación en teoría económica: se enfatiza la corrección de los procedimientos y el cumplimiento de la (letra de la) ley. La forma resulta más importante que la sustancia. Así, las decisiones se consideran acertadas cuando son procesalmente correctas, en muchos casos sin importar su contenido ni, necesariamente, su impacto en el bienestar y en el crecimiento económico. La historia de la regulación esta llena de ejemplos de decisiones erradas, que provocaron consecuencias negativas no anticipadas, precisamente como resultado de la adopción de este enfoque legalista (Mac Crow 1984).

Es posible afirmar entonces, en términos más generales, la necesidad de adoptar una visión balanceada que combine la persuasión con la coerción, aprovechando las ventajas de ambos tipos de acciones (ex-ante y ex-post). La persuasión por si sola es insuficiente, y el recurso a las sanciones es indispensable. Pero las sanciones por si solas también resultan insuficientes. En realidad, no hay manera de promover una cultura de respeto a los derechos de los consumidores si las agencias se limitan a sancionar. Como acertadamente observa Hirschman (1984), la dimensión formativa de las normas es tan o más importante que su efecto punitivo.

Impacto de las políticas de competencia en los sectores tradicionales

El sesgo legalista y la débil comprensión del funcionamiento de los mercados pueden dar lugar a resultados inesperados y adversos, que terminen debilitando la legitimidad de las políticas de competencia. En un país como el Perú, marcado por la diversidad cultural y por la coexistencia de estratos empresariales muy dispares, con una economía informal extendida, una aplicación mecánica de las normas inspirada en la concepción que estamos examinando, puede tener consecuencias negativas en el desarrollo del país.

En efecto, los sectores tradicionales pueden ser más vulnerables a las políticas de competencia en la medida en que no han internalizado las nuevas reglas ni los valores que las inspiran. En realidad un elevado número de empresas de pequeña escala en la economía urbana son dirigidas por migrantes provenientes de las regiones andinas del país. Muchos de ellos se apoyan en redes familiares y sociales que facilitan su adaptación a la ciudad (Adams y Valdivia 1989). Generalmente no cuentan con abogados que les expliquen el contenido de la nueva legislación sobre libre competencia, la cual prohíbe algunas modalidades de concertación que ellos podrían considerar legítimas.

Al revisar la jurisprudencia reciente encontramos algunos signos de esta vulnerabilidad. Hemos examinado y clasificado las resoluciones emitidas por la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI en el período 1993 -- 1996, es decir durante sus primeros 4 años de funcionamiento. De las 133 denuncias presentadas en este período, alrededor de las dos terceras partes estuvieron dirigidas contra los Municipios, mayoritariamente por cobros de licencias de avisos y publicidad. Casi todas ellas fueron declaradas fundadas por INDECOPI.¹⁸ Luego siguen, en orden de importancia, las denuncias contra empresas privadas pequeñas, organismos públicos, sindicatos y asociaciones gremiales (cuadro 1). En este último caso las asociaciones denunciadas fueron generalmente gremios tradicionales de trabajadores o empresas pequeñas (transportistas, carretilleros, vendedores de diarios y loterías, etc.). Si bien la mayoría de denuncias contra estos gremios fueron declaradas fundadas, INDECOPI se abstuvo de imponer multas y se limitó a ordenar la suspensión de las prácticas denunciadas.

¹⁸

El número de denuncias no es un buen indicador de la gravedad de los problemas que enfrentan las microempresas y los consumidores de menores recursos, teniendo en cuenta que para presentar una denuncia ante INDECOPI es necesario pagar una tasa de 240 soles (aproximadamente 90 dólares). Además, las denuncias por cobros indebidos de los Municipios que INDECOPI declara fundadas, solo benefician a los denunciantes. La suspensión del cobro no se hace extensiva a los demás afectados, los cuales deben presentar sus propias denuncias a título individual. Agradezco a Jaime Delgado, Presidente de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC), esta valiosa precisión.

CUADRO 1

ENTIDADES DENUNCIADAS ANTE LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA DE INDECOPI, 1993-1996				
ENTIDADES	NÚMERO DE DENUNCIAS PROCESADAS	% del Total de Denuncias	DENUNCIAS FUNDADAS	% de Denuncias Fundadas
Municipalidades	27	20	16	59
Municipalidades (*)	59	44	59	100
Sindicatos y Asociaciones Gremiales	11	8	9	82
Empresas Privadas Grandes (**)	10	8	2	20
Empresas Privadas Pequeñas (**)	13	10	2	15
Empresas y Organismos Públicos	13	10	2	15
Personas Naturales	0	0	0	n/a
TOTAL DENUNCIAS	133	100	90	68

(*) Municipalidades denunciadas por cobros de licencias de Avisos y Publicidad

(**) La distinción entre empresas grandes y empresas pequeñas se basa para el año 1993 en The Peru Inc. Sourcebook, que considera a los mayores 300 grupos del país por el ingreso de sus empresas en 1992. Para los años posteriores, se utilizó The Peru Report Top 5000 Companies Ranking 1997, y se designaron como grandes empresas las que por sus ingresos fueron consideradas dentro de las 1000 mejores empresas del país. Los casos del año 94 se basan en el Ranking por ingresos de 1994; los casos de los años 95 y 96 se basan en el Ranking por ingresos de 1995.

Los casos de las empresas INCAMOTORS y CEMENTO ANDINO se consideraron dentro del grupo de las 1000 mejores empresas por su pertenencia a los grupos Michell y Rizo-Patrón respectivamente.

Al examinar la identidad de los denunciantes encontramos que en su mayoría se trata de empresas privadas (cuadro 2). Las empresas grandes dirigieron sus denuncias contra municipios, organismos públicos y empresas pequeñas (cuadro 3). El 81 por ciento de estas denuncias fueron declaradas fundadas. Pueden destacarse al respecto las denuncias presentadas contra empresas pequeñas que operan con métodos informales (usan envases de otra marca, no tienen registro sanitario, venden productos con “presentación confundible”). De otro lado, INDECOPI inició 18 investigaciones de oficio en este período,

mayoritariamente contra municipios, sindicatos y asociaciones gremiales. Los dos casos más destacados en este período resultaron, precisamente, de investigaciones de oficio. El primero estuvo centrado en la concertación de precios entre industriales panaderos, empresas molineras y el Comité de esta rama en la Sociedad Nacional de Industrias. En el segundo, mencionado líneas arriba, INDECOPI impuso multas elevadas a 21 empresas avícolas y a la Asociación Peruana de Avicultura por adoptar acuerdos orientados a concertar el precio del pollo vivo en Lima y el Callao.

Con la excepción de estos dos últimos casos, la evidencia sugiere que la puesta en marcha de las políticas de competencia ha tenido un sesgo a favor de las empresas más grandes, en perjuicio de organismos públicos y de empresas más pequeñas. Se trata sin duda de un resultado contraintuitivo, que contrasta con la percepción de que las empresas de mayor tamaño tienen mayores posibilidades de abusar de su poder de mercado y de restringir la competencia. Además, observando el número y la naturaleza de las resoluciones emitidas en este período, parece que INDECOPI ha concentrado sus recursos en atender los reclamos presentados contra los municipios. Estos resultados ponen en cuestión la agenda y las prioridades de este organismo.¹⁹ Es preciso advertir, además, que en la legislación vigente las resoluciones de INDECOPI constituyen precedente de observancia obligatoria. Dado que las decisiones generan jurisprudencia, el futuro puede empezar a depender de la trayectoria seguida.

¿Cómo se explica el sesgo observado? Una hipótesis verosímil es que los costos y las probabilidades de detección son mayores en el sector moderno que en los sectores tradicionales. Por ejemplo, es más fácil detectar la concertación horizontal, sobre todo en mercados con un elevado número de empresas, que descubrir y documentar los perjuicios provocados por la colusión y el comportamiento excluyente en industrias concentradas.

¹⁹

La imposición ilegal de tributos justifica la intervención de INDECOPI en la medida en que genera barreras a la competencia y afecta a los consumidores. En otros casos, sin embargo, esta intervención puede agravar los problemas en lugar de resolverlos. Recientemente la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI declaró fundada, en primera instancia, una denuncia presentada por empresas de taxis contra el municipio de Trujillo, el cual había dispuesto el pintado de los taxis. Algunos analistas han llamado la atención sobre los riesgos de deterioro de la imagen de INDECOPI como resultado de la interferencia en las funciones de los municipios. Ver al respecto Gestión, 30 de junio de 1997, p.26

CUADRO 2

ENTIDADES DENUNCIANTES ANTE LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA DE INDECOPI, 1993-1996				
ENTIDADES	NÚMERO DE DENUNCIAS PROCESADAS	Porcentajes del Total de Denunciantes	DENUNCIAS FUNDADAS	Porcentajes de Denuncias Fundadas
Municipalidades	2	1	2	100
Sindicatos y Asociaciones Gremiales	10	7	7	70
Empresas Privadas Grandes (*)	21	16	17	81
Empresas Privadas Pequeñas (*)	68	51	47	69
Empresas y Organismos Públicos	1	1	0	0
Personas Naturales	14	10	6	43
Investigaciones de Oficio	18	13	12	67
TOTAL DENUNCIAS	134	100	91	68

(*) La distinción entre empresas grandes y empresas pequeñas se basa para el año 1993 en The Peru Inc. Sourcebook, que considera a los mayores 300 grupos del país por el ingreso de sus empresas en 1992.

Para los años posteriores, se utilizó The Peru Report Top 5000 Companies Ranking 1997, y se designaron como grandes empresas las que por sus ingresos fueron consideradas dentro de las 1000 mejores empresas del país. Los casos del año 94 se basan en el Ranking por ingresos de 1994; los casos de los años 95 y 96 se basan en el Ranking por ingresos de 1995.

Los casos de las empresas INCAMOTORS y CEMENTO ANDINO se consideraron dentro del grupo de las 1000 mejores empresas por su pertenencia a los grupos Michell y Rizo-Patrón respectivamente.

CUADRO 3

NÚMERO DE DENUNCIAS PROCESADAS POR LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DE INDECOPI,							
1993 - 1996 (*)							
D E N U N C I A D O S	D E N U N C I A D O S						
	ENTIDADES	Municipalidades	Sindicatos y Asociaciones Gremiales	Empresas Privadas Grandes (**)	Empresas Privadas Pequeñas (**)	Empresas y Organismos Públicos	Personas Naturales
	TOTAL DENUNCIANTES						
	Municipalidades	1 (50)	0 (0)	0 (0)	1 (50)	0 (0)	0 (0)
	Sindicatos y Asociaciones Gremiales	7 (70)	0 (0)	2 (20)	1 (10)	0 (0)	0 (0)
	Empresas Privadas Grandes (**)	15 (71)	0 (0)	0 (0)	2 (10)	4 (19)	0 (0)
	Empresas Privadas Pequeñas (**)	48 (71)	3 (4)	5 (7)	3 (4)	9 (13)	0 (0)
	Empresas y Organismos Públicos	1 (100)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)
	Personas Naturales	8 (57)	2 (14)	1 (4)	3 (21)	0 (0)	0 (0)
	INDECOPI	7 (33)	6 (30)	2 (11)	3 (17)	0 (0)	0 (0)
	TOTAL DENUNCIADOS	87	11	10	13	13	0
							134

(*) La cifra en paréntesis debajo de cada número indica el porcentaje de representación del denunciado ante el denunciante.

(**) La distinción entre empresas grandes y empresas pequeñas se basa para el año 1993 en The Peru Inc. Sourcebook, que considera los mayores 300 grupos del país por el ingreso de sus empresas en 1992.

Para los años posteriores, se utilizó The Peru Report Top 5000 Companies Ranking 1997, y se designaron como grandes empresas las que por sus ingresos fueron consideradas dentro de las 1000 mejores empresas del país. Los casos del año 94 se basan en el Ranking por ingresos de 1994; los casos de los años 95 y 96 se basan en el Ranking por ingresos de 1995.

Los casos de las empresas INCAMOTORS y CEMENTO ANDINO se consideraron dentro del grupo de las 1000 mejores empresas por su pertenencia a los grupos Michell y Rizo-Patrón respectivamente.

Además, mientras que la concertación horizontal es ilegal *per se*, las restricciones verticales deben ser examinadas caso por caso apelando a la regla de la razón. De otro lado, los sectores tradicionales muestran un notable desconocimiento de la legislación y una gran ingenuidad durante las investigaciones.²⁰

En la fundamentación de los cambios recientes en la legislación, se sugiere que una manera de enfrentar este problema es elevando el nivel máximo de las multas. El costo esperado por una empresa al violar las normas sería igual a la magnitud de la multa, multiplicada por la probabilidades de detección y comprobación de la infracción. Si estas probabilidades son reducidas en el sector moderno, el aumento de las multas podría compensar las diferencias y elevar el efecto disuasivo. También se afirma que “tendrían que incrementarse los recursos presupuestales y mejorarse la eficiencia con la que se maneja la Comisión de Libre Competencia, de manera que se eleve la probabilidad de detección de las violaciones de las normas” (INDECOPI 1996: 15)

Estas probabilidades de detección no solo son distintas en los diferentes tipos de violaciones, sino que también dependen de las políticas y las prioridades de INDECOPI. No se trata entonces de parámetros exógenos. Además, la detección y comprobación de las infracciones involucra costos que también son variables dependiendo del tipo de infracción. En este terreno las empresas de mayor tamaño tienen la ventaja de contar con asesoría legal especializada que no solo les permite defenderse sino también denunciar a otras empresas por presuntas violaciones de la normas.²¹ En estas condiciones, si INDECOPI definiera sus prioridades con el criterio de minimizar los costos de detección y sanción -- uno de los componentes del “daño al consumidor” -- el resultado sería acentuar aún más la tendencia observada en los párrafos anteriores.

²⁰ Evidencia de carácter anecdótico presentada por funcionarios de agencias de regulación latinoamericanas, revela que durante las pesquisas llevadas a cabo por las autoridades, las asociaciones y gremios tradicionales se apresuran a entregar las actas con los acuerdos adoptados, pretendiendo que las actas legitiman dichos acuerdos. En una conferencia reciente, una funcionaria venezolana presentó el testimonio de un dirigente gremial que argumentaba que “siempre nos hemos comportado así y no podemos comportarnos de otra manera porque no sabemos cómo.” Claudia Curiel, Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Venezuela, Lima 13 de agosto de 1996.

²¹ Un analista comentó que en algunos sectores se observa cierto temor a denunciar a empresas grandes que podrían tomar represalias. En estos casos los perjudicados solicitan informalmente al INDECOPI que inicie investigaciones de oficio.

Desde un punto de vista jurídico y político, es necesario mantener el principio de igualdad frente a la ley. Las normas de libre competencia, como todas las normas, deben ser iguales para todos. Además, el desconocimiento de las normas en algunos grupos y sectores no justifica su violación. Como acertadamente observa INDECOPI, “no se puede pretender escapar de la obligación de respetar las normas de libre competencia invocando la costumbre”. De hecho, es necesario actuar con energía para poner freno a diversos delitos, incluyendo la piratería y la comercialización de productos nocivos para la salud de los consumidores.

Al mismo tiempo, está en juego la legitimidad de las normas y de los organismos de promoción de la competencia. Esto exige una revisión cuidadosa de las prioridades así como la formulación de una agenda que contemple el perfeccionamiento y adecuación de las reglas de juego a las características y peculiaridades de la economía y la sociedad peruanas.²² La evidencia presentada ilustra los efectos que puede generar la adopción de un enfoque “legalista”, limitado a cuestiones procesales, poniendo de relieve la necesidad de interpretar y perfeccionar las normas con criterios racionales explícitos. Así como la SUNAT dedica recursos especializados a supervisar a los “principales contribuyentes,” así también INDECOPI debería definir con mayor precisión una política de promoción de la competencia que contemple las características estructurales de los mercados y el comportamiento estratégico de las empresas.

Políticas de competencia, entorno macroeconómico y crecimiento

Finalmente, es necesario examinar cómo operan las políticas de competencia en el entorno macroeconómico actual, considerando la ausencia o debilidad de las políticas sectoriales. En la mayoría de los países, la imposición de sanciones a las empresas que infringen las normas de libre competencia, va acompañada de diversos incentivos orientados a promover la capacidad de competir de las empresas. Podemos mencionar como

²²

Una manera de enfrentar los problemas planteados por la coexistencia de sectores modernos y tradicionales, es adoptando esquemas de “regulación asimétrica” con normas distintas para cada sector. Sin embargo, la viabilidad de estos esquemas está limitada por el carácter difuso y fluido de los estratos empresariales, cuyas fronteras se redefinen constantemente. En este contexto resulta más apropiado diseñar y constituir sistemas de promoción de la competencia abiertos a la participación de la ciudadanía y de las instituciones locales. A mi juicio, la descentralización del INDECOPI y el fortalecimiento de los municipios son condiciones fundamentales para el desarrollo de estos sistemas.

ejemplos la inversión pública, en particular el apoyo estatal a la educación y a la investigación, así como también las gestiones y negociaciones para remover obstáculos al comercio internacional.

En el Perú de los noventa muchas de estas funciones han sido puestas de lado. Además, la política económica ha dado lugar a una estructura de precios relativos y de macroincentivos sesgada en perjuicio del sector industrial. La revaluación del tipo de cambio y el aumento en las tasas de interés, en la presión impositiva y en los precios de los servicios no transables, han magnificado los efectos de la liberalización del comercio exterior, colocando a las empresas locales en una situación de desventaja frente a sus contrapartes localizadas en otros países. A esto podemos añadir el desmantelamiento de la banca de fomento, así como el desmontaje y abandono de diversos programas de estímulo a las exportaciones, incluyendo programas utilizados por otros países que son compatibles con el nuevo marco normativo del comercio internacional (Abugattás 1996).

La adopción de políticas de competencia en este contexto plantea, evidentemente, enormes desafíos. En efecto, la cautela observada en el comportamiento de los organismos encargados de monitorear el cumplimiento de las normas vigentes, incluyendo INDECOPI, parece expresar la percepción de que “a falta de zanahorias no es prudente usar el palo.” Las experiencias exitosas observadas en otros países sugieren, por el contrario, que para estimular el desarrollo de los mercados es necesario utilizar simultáneamente los incentivos y las sanciones. En realidad, es difícil promover la competencia sin promover, simultáneamente, la capacidad de competir. En ausencia de incentivos apropiados, que coloquen a las empresas en igualdad de condiciones con sus contrapartes localizadas fuera del país, las empresas quiebran y la economía se debilita. De otro lado, en ausencia de sanciones y considerando las condiciones del entorno que acabamos de reseñar, las empresas tienen poderosos incentivos para la colusión explícita o encubierta, pues está en juego su propia sobrevivencia.

5. CONCLUSIONES Y LECCIONES DE POLÍTICA

Las reformas estructurales de esta década, en particular la desregulación de la economía y la liberalización del comercio exterior, han dado lugar a cambios sustantivos en el funcionamiento de los mercados. Las barreras artificiales han sido exitosamente removidas, estimulando la competencia y creando condiciones más favorables para la inversión y el crecimiento económico. Sin embargo, aún subsisten elementos monopólicos en algunos mercados que distorsionan el mecanismo de los precios y la asignación de los recursos, afectando el bienestar de los consumidores.

En este contexto las políticas de competencia pueden jugar un rol destacado en la consolidación de las reformas y en la expansión de los mercados. La legislación vigente prohíbe la concertación de precios pero esta práctica no es fácil de detectar en industrias concentradas. Al examinar la evolución de la economía durante los últimos años encontramos que algunos de los cambios observados elevan las posibilidades de colusión entre las empresas. En efecto, la reducción del ritmo inflacionario permite una mayor visibilidad de los precios y en esa medida facilita el funcionamiento del mecanismo central que sustenta la colusión: la amenaza de represalias entre las empresas rivales.

Además, la reducción gradual en las tasas de descuento temporal ha elevado la ponderación de los ingresos futuros en el cálculo del valor presente y en la evaluación de las estrategias de precios, elevando el costo de desviarse de los acuerdos oligopólicos. Las posibilidades de colusión también habrían aumentado en aquellas industrias afectadas por la renovación de maquinaria y equipos, en la medida en que dicha renovación ha dado lugar a la adopción de estándares comunes y a la reducción de las asimetrías de costos, facilitando la coordinación en torno a un precio de equilibrio. En la misma línea, las fusiones y adquisiciones registradas en algunas industrias han elevado las posibilidades de colusión y de abuso de poder de mercado por parte de las empresas establecidas, aún cuando la entrada de nuevos competidores puede limitar el ejercicio de este poder.

La competencia efectiva y potencial de las importaciones ha reducido las posibilidades de abuso de poder de mercado por parte de las empresas localizadas en el país. Sin embargo, este mecanismo está limitado, por definición, a aquellas industrias que

producen bienes y servicios transables. Los organismos responsables de las políticas de competencia deberían priorizar la supervisión de aquellas industrias altamente concentradas, que involucran costos hundidos elevados, y que están menos expuestas a la competencia internacional. Podemos destacar al respecto las industrias caracterizadas por la acumulación de activos intangibles, que producen bienes total o parcialmente perecibles, o que tienen un elevado peso o volumen por unidad de valor.

Las empresas grandes que operan en industrias concentradas no solo cuentan con poder de mercado sino también con diversos recursos que pueden ser utilizados para intentar influir en las prioridades y en las decisiones de los organismos de regulación. La autonomía de las agencias de promoción de la competencia resulta entonces decisiva. Al revisar la legislación peruana encontramos que el nombramiento de los principales funcionarios del INDECOPI depende exclusivamente del Poder Ejecutivo, un poder que no tiene, actualmente, contrapesos institucionales efectivos. Si bien las resoluciones del Tribunal de INDECOPI pueden ser apeladas en la Corte Suprema de Justicia, la autonomía del Poder Judicial ha sido mellada por la interferencia sistemática del Ejecutivo.

Hasta la fecha INDECOPI ha mostrado un desempeño aceptable y no hay evidencia de su vulnerabilidad frente a los grupos de interés. Sin embargo, dados los intereses en juego y los potenciales perjuicios a los consumidores, sería conveniente dotar a esta agencia con autonomía constitucional y con personal especializado, evitando su politización. Al mismo tiempo, es indispensable incorporar formal y orgánicamente en las instancias de INDECOPI a las asociaciones de consumidores, facilitando su acceso a la información relevante. En la misma línea, es recomendable que los procesos abiertos por la infracción de las normas tengan el carácter de audiencias públicas, a fin de elevar su transparencia y reducir los riesgos de corrupción. También es preciso especializar la administración de justicia en casos de regulación y libre competencia al interior del poder judicial. La capacitación de los magistrados responsables es una tarea prioritaria.

Al examinar la concepción que parece orientar las políticas de competencia en el Perú encontramos varios vacíos e insuficiencias. Hemos destacado la negativa a adoptar una política explícita de fusiones, así como la hostilidad frente a modalidades de cooperación empresarial que, en principio, podrían elevar el bienestar de la población.

También hemos puesto de relieve el sesgo legalista y coercitivo de la concepción vigente, que prioriza la corrección de los procedimientos y coloca en un segundo plano el impacto de las decisiones en el bienestar y el crecimiento. En esta perspectiva, el ámbito de acción de agencias como INDECOPI se limita a la búsqueda de culpables y a la sanción de acciones pasadas, descuidando la investigación y la prevención ex-ante de acciones que limitan o distorsionan la competencia.

El análisis de la jurisprudencia generada durante los primeros años de INDECOPI ilustra las limitaciones observadas en el párrafo anterior. En efecto, la mayoría de denuncias se ha dirigido contra municipios, gremios tradicionales, sindicatos de trabajadores y empresas informales. En contraste, las empresas de mayor tamaño se han adaptado rápidamente al nuevo marco legal y, como podría esperarse, lo han utilizado en su propio provecho. Es preciso destacar, sin embargo, la investigación de oficio iniciada por INDECOPI que puso en evidencia la concertación de precios entre varias empresas productoras de harina de trigo.

Los resultados de este trabajo ponen de relieve la necesidad de definir con mayor rigor los objetivos de las políticas de competencia teniendo en cuenta las características específicas a la sociedad peruana. Esto supone, naturalmente, revisar las prioridades del INDECOPI, reorientando sus actividades a partir de un diagnóstico más elaborado sobre la estructura de los mercados y las barreras que han sobrevivido a las reformas. También es preciso adoptar, simultáneamente, medidas orientadas a elevar la capacidad de competir de las empresas localizadas en el país. Los problemas planteados en este artículo sugieren, finalmente, que la promoción de la competencia no puede ser concebida como una función exclusiva y excluyente de las agencias del gobierno central. Por el contrario, es preciso constituir sistemas de promoción de la competencia permeables a la participación de los ciudadanos y de las instituciones locales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abugattás, Luis.

1996 "La Política Industrial en el Perú". Socialismo y Participación 74 (Junio 1996:)

Adams, Norma y Nestor Valdivia.

1991 Los Otros Empresarios. *Ética de Migrantes y formación de empresas en Lima*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Alcorta, Ludovico.

1992a *El Nuevo Capital Financiero. Grupos financieros y ganancias sistémicas en el Perú*. Lima: F. Ebert.

Chandler, Alfred.

1990 *Scope and Scope. The Dynamics of Industrial Capitalism*. Cambridge: Harvard University Press.

Comisión de las Comunidades Europeas

1996 "Compilación de Legislación de la Competencia en América Latina." Bruselas.

Gilbert, R.

1989 "Mobility Barriers and the Value of Incumbency." R. Schmalensee y R. Willig eds. *Handbook of Industrial Organization*. Amsterdam: North Holland.

Hirschman, Albert

1984 "Three Easy Ways of Complicating some Categories of Economic Discourse." *American Economic Review* 74 (May 1984: 89-96).

INDECOPI.

1996 "Exposición de Motivos al Decreto Legislativo sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI". Lima: Abril.

Kay, Cristobal

1989 *Latin American Theories of Development and Underdevelopment*. New York: Routledge.

Khemani, R.S.

1992 "Merger Policies in Small vs. Large Economies." R.S. Khemani y W.T. Stanbury *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*.

Kreps, David.

1990 *A Course in Microeconomic Theory*. New Jersey: Princeton University Press.

Laffont, J.J. y J. Tirole.

1993 *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: The MIT Press.

Lamas, Luis.

- 1996 *Derecho Penal Económico. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.

Lazonick, William.

- 1991a "The Enterprise, the Community, and the Nation: Social Organization as a Source of Global Competitive Advantage." Cambridge, MA.: Harvard University, Economics Dept.

Lazonick, William.

- 1991b *Business Organization and the Myth of the Market Economy*. New York: Cambridge University Press.

Levy, Brian y Pablo Spiller.

- 1994 "The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation." *The Journal of Law, Economics and Organization* 10, 2 (1994: 201-246).

MacCraw, Thomas.

- 1984 *Prophets of Regulation*. Cambridge, MA: Belknap, Harvard University Press.

Marshall, Alfred.

- 1961 *Principles of Economics*. 8va ed. Londres: MacMillan.

- 1923 *Industry and Trade*. 4ta. ed. Londres: MacMillan.

Peltzman, Sam.

- 1989 "The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation." *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics* (1989: 1-59).

Rodríguez, A.E.

- 1996 "The Role of Merger Policy in Recently Liberalized Economies." Ponencia presentada en el Seminario "Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina." Lima: INDECOPI, 1996.

Rodríguez, A.E. y M. Coate.

- 1996 "Limits to Antitrust Policies for Reforming Economies." *Houston Journal of International Law* 16, 2 (1996: 311-358).

Sappington, David y Dennis Weisman.

- 1996 Designing Incentive Regulation for the Telecommunications Industry. Cambridge, Mass: The MIT Press.

Serra, Pablo.

- 1995 "La Política de Competencia en Chile." *Revista de Análisis Económico* 10 (Nov 1995: 63-88)

Scherer, F.M.

- 1980 *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Chicago: Rand McNally.

Schydowsky, Daniel y Jurgen Schüldt.

1997 *Modelo Económico Peruano de Fin de Siglo. Alcances y Límites*. Lima: F. Ebert.

Stigler George.

1971 "The Theory of Economic Regulation." *Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (Spring 1971: 3-21).

Stiglitz, Joseph.

1996 "Some lessons from the East Asian Miracle." *The World Bank Research Observer* 11 (1996: 151: 177).

Tirole, Jean.

1989 *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge: the MIT Press.

Warner, Mark

1996 "Private and Public Impediments to Market Presence: Exploring the Investment-Competition Nexus." Ponencia presentada en el Seminario "Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina." Lima: INDECOPI.

World Bank.

1992 *The East Asian Miracle*. Washington D.C.: Oxford University Press.

s/n. "Experiencias de Fusiones en el Perú". *Perú Económico* XIX 11 (Nov 1996: 1-19).