

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

E.A.P. DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Repensando el antitrust:

análisis crítico de los fundamentos económicos del derecho de la
libre competencia en el Perú

TESIS

para optar el título de Abogado

AUTOR:

Raúl Edmundo Alosilla Díaz

ASESOR:

Hernán Figueroa Bustamante

Lima, Perú

2011

Este trabajo de investigación está dedicado a Dios, a mis padres Raúl y Bertha, y a mis abuelos, en agradecimiento por haber iniciado en mí el tipo de formación más importante: la calidad personal.

ÍNDICE GENERAL

“REPENSANDO EL ANTITRUST: ANALISIS CRÍTICO DE LOS FUNDAMENTOS ECONOMICOS DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERU”

<u>INTRODUCCIÓN.</u>	07
<u>CAPÍTULO I. CRÍTICA DE LA DOCTRINA ECONOMICA DE LIBRE COMPETENCIA</u>	
1. <u>LA ESCUELA NEOCLÁSICA DE ECONOMÍA.</u>	10
1.1. Introducción.	10
1.2. Sinopsis de la teoría neoclásica de la competencia.	12
1.3. Neoclasicismo y Derecho de la Libre Competencia.	15
2. <u>LA NOCIÓN NEOCLÁSICA DE COMPETENCIA.</u>	17
2.1. Uso del modelo de la competencia perfecta en el contexto de la defensa de la competencia.	17
2.2. Competencia perfecta.	20
2.3. Bienestar y excedentes en la competencia perfecta.	22

2.4.	Primeras observaciones al modelo de competencia perfecta como paradigma ideal de competencia.	24
2.5.	Consecuencias prácticas de la noción de competencia perfecta como “benchmark”.	30
3.	<u>CRÍTICA DEL MÉTODO Y DEL USO DE LA COMPETENCIA PERFECTA COMO IDEAL DE COMPETENCIA.</u>	33
3.1.	La modelización desde el punto de vista positivo y normativo.	33
3.2.	Defensa del irrealismo.	35
3.3.	Predicción en tela de juicio. Crítica del positivismo y empirismo en las ciencias sociales.	42
3.4.	Crítica del empirismo.	46
3.5.	Dualismo metodológico y praxeología.	50
3.6.	El bienestar en tela de juicio.	59
3.7.	Conclusión.	68
4.	<u>TEORÍA DEL MONOPOLIO.</u>	70
4.1.	Estática comparativa y proceso de mercado.	70
4.2.	Monopolio puro.	74
4.3.	Ineficiencias de monopolio.	77
4.4.	Monopolio de libre mercado y monopolio legal.	82
5.	<u>CRÍTICA DEL ARGUMENTO DE INEFICIENCIA EN EL MONOPOLIO DE LIBRE MERCADO.</u>	83
5.1.	Expectativas y ambigüedad del término restricción.	84
5.2.	Restricciones eficientes.	86
5.3.	Restricción y mercados aislados.	91
5.4.	Imposibilidad de la demanda horizontal en competencia.	93
6.	<u>BARRERAS A LA ENTRADA Y SUS ALEGADAS CONSECUENCIAS EN LA EFICIENCIA Y EL BIENESTAR.</u>	96
6.1.	Barreras a la entrada.	96
6.2.	Barreras “artificiales”.	106
6.3.	El indebido análisis estático de las barreras a la entrada.	108

6.4.	La arbitrariedad en el análisis de las eficiencias.	111
6.5.	La excesiva inversión como barrera estratégica.	115
6.6.	Requerimientos de capital.	120
7.	<u>APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA TEORÍA NEOCLÁSICA DE MONOPOLIO.</u>	125
7.1.	Aplicabilidad de la definición clásica de monopolio.	126
7.2.	Competencia potencial y competencia por sustitutos.	130
7.3.	Precios monopólicos.	137
7.4.	Conclusión sobre el monopolio y los precios monopólicos.	142
8.	<u>PODER DE MERCADO.</u>	145
8.1.	Poder de mercado vs. Poder de la violencia física.	145
8.2.	Definiendo el poder de mercado.	149
8.3.	Poder de mercado y subjetividad.	156
8.4.	Poder de mercado y el uso de terminología política.	159
	<u>CAPÍTULO II. FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ.</u>	161
1.	<u>INTRODUCCIÓN.</u>	161
1.1.	El marco institucional pro competencia en el Perú.	165
2.	<u>LA NOCIÓN DE COMPETENCIA EN EL DCP.</u>	169
2.1.	Caracterización del problema.	169
2.2.	La noción de competencia en la doctrina nacional.	170
2.3.	La noción de competencia en las decisiones de la agencia de competencia peruana.	185
2.4.	Reconocimiento del Estado como principal distorsionador de la competencia.	240
2.5.	¿Criterios para determinar las conductas anticompetitivas?	255
2.6.	Síntesis.	261

<u>CAPÍTULO III. HACIA UNA TEORIA POSITIVA DE LA COMPETENCIA</u>	264
3.1. Introducción.	264
3.2. Incertidumbre.	268
3.3. Problema económico y problema social.	275
3.4. Instituciones sociales y sistema de precios.	279
3.5. Economía de mercado y “competencia” en sentido amplio.	285
3.6. Estructura productiva y estructura de precios.	288
3.7. Descubrimiento y función empresarial.	295
3.8. ¿Qué es la competencia?	306
<u>CAPÍTULO IV. LA AGENCIA DE COMPETENCIA COMO EMPRESARIA</u>	322
4.1. Tecnicismo y la objetividad de la agencia de competencia peruana.	322
4.2. Conocimiento científico y conocimiento no científico.	325
4.3. Conocimiento empresarial.	335
4.4. La agencia de competencia y el conocimiento empresarial.	343
4.5. Corolario. De la definición de mercados relevantes.	358
4.5.1. Introducción	358
4.5.2. Elementos discrecionales en las estrategias para definir mercados relevantes.	363
4.5.3. Anotación final.	381
<u>CONCLUSIONES.</u>	385
<u>RECOMENDACIONES.</u>	390
<u>BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.</u>	394

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo de investigación consiste en realizar una crítica debidamente fundamentada de los argumentos de tipo económico que sustentan la doctrina, la legislación y la práctica del Derecho de la Libre Competencia en el Perú (en adelante, DCP). En esta línea, nuestra hipótesis principal consiste en que la teoría de competencia adoptada y desarrollada por el DCP es incompatible con la naturaleza creativa del ser humano y el dinamismo de los fenómenos sociales, lo cual genera que la agencia de competencia tienda a sancionar conductas que expresan un genuino proceso competitivo de descubrimiento y ajuste, por considerarlas anticompetitivas. Asimismo, como hipótesis accesoria, planteamos que, acogiendo una teoría positiva de la competencia alternativa que sí incorpore tales características, es posible verificar que los fundamentos económicos tradicionalmente alegados para la justificación del DCP son inaplicables a mercados sin barreras legales a la entrada.

La crítica a los fundamentos económicos del DCP se inicia explicando la teoría tradicionalmente aceptada sobre la necesidad de corregir las distorsiones económicas –i.e. ineficiencias sociales- provenientes del poder de mercado, a través de un sistema de defensa de la competencia (DCP), para luego puntualizar críticamente y en detalle cuáles son los inconvenientes y errores –

en los niveles metodológico, positivo y normativo- sobre los que se sustenta aquella teoría. Esta labor se desarrollará a lo largo del Capítulo I.

A continuación, mediante la revisión de la doctrina nacional y los casos más emblemáticos del DCP, en el Capítulo II realizaremos un examen crítico de la noción de competencia que fundamenta la legislación peruana de Libre Competencia (Ley N° 26876 y el Decreto Legislativo N° 1034) y los criterios de anticompetitividad (de conductas) desarrollados por la agencia de competencia peruana (INDECOPI y OSIPTEL) a partir de aquella noción. En otras palabras, inferiremos a través de la casuística la noción de competencia que actualmente constituye el objeto de protección del DCP, la misma que determina cuándo una estructura, conducta o resultado pueden ser considerados incompatibles con la libre competencia.

En el Capítulo III sistematizaremos las críticas efectuadas en los dos capítulos anteriores para reformular una teoría positiva de la competencia que sea más realista, dinámica y válidamente explicativa, con el objeto de articular -al final del capítulo- las diferencias prácticas más relevantes con la noción de competencia inferida y analizada en los capítulos anteriores.

Finalmente, en el Capítulo IV se estudiará un corolario de la teoría positiva de la competencia formulada en el Capítulo III. El objetivo de este último capítulo será desmitificar la alegada actuación meramente correctiva de la agencia de competencia peruana de las distorsiones provocadas por las prácticas anticompetitivas materia de denuncia y, al contrario, revelar que sus decisiones, al igual que las de los competidores privados, constituyen verdaderas apuestas empresariales que forman parte de un proceso dinámico e incierto de reasignación de recursos. Dicho de otro modo, que resulta falaz sostener que la agencia de competencia pueda actuar como un árbitro imparcial, cuando lo cierto es que no puede evitar ser un jugador más.

Por otro lado, resulta necesario adelantar ciertas precisiones que limiten el ámbito de lo que desarrollaremos en los capítulos que vienen.

Primero, que los argumentos de tipo económico son sólo uno de los tantos que pueden recurrirse para fundamentar el DCP. Sin embargo, es posible afirmar que actualmente su adopción utilitarista es mayoritaria tanto en la doctrina nacional como en la práctica profesional, por lo que hemos decidido enfocar –y a la vez, limitar- nuestra crítica únicamente hacia ellos.

Esta precisión puede ilustrarse, por contraste, señalando que el DCP también puede ser materia de cuestionamientos desde la perspectiva de la Filosofía Política. No obstante, tales objeciones estarían poco relacionadas con la naturaleza del proceso competitivo y el problema de la coordinación de los recursos económicos; al contrario, estarían centradas en rebatir la filosofía utilitarista que sostiene el uso del *ius imperium* estatal para restringir los derechos de propiedad de los agentes del mercado.

Segundo, la validez metodológica de nuestros razonamientos y afirmaciones vendrán respaldadas por la crítica a la aplicación del método positivista al estudio de las ciencias sociales que se desarrolla como parte integral del Capítulo I. En coherencia con ello, consideramos que –para los efectos de la validez de nuestra teoría positiva de la competencia- no resulta necesario evaluar ni cuantificar empíricamente los efectos positivos o negativos de las decisiones concretas de la agencia de competencia peruana a lo largo de su funcionamiento.

Tercero, dado que en el presente trabajo se compararán dos teorías de la competencia que resultan irreconciliables, cada una de ellas con sus propios supuestos y conceptos, hemos considerado explicar sus propios marcos y desarrollos teóricos conforme cada una de estas teorías se presentan, principalmente en los Capítulos I y III.

CAPITULO I:

CRÍTICA DE LA DOCTRINA ECONÓMICA ANTITRUST

1. ESCUELA NEOCLASICA DE ECONOMIA.

1.1. Introducción.

Al igual que todas las disciplinas, el pensamiento doctrinario en el campo de la economía ha ido desarrollándose –evolucionando e involucionando- de manera paulatina gracias a los aportes de miles de académicos avocados al estudio de los fenómenos sociales relacionados con el mercado. Si bien el inicio de la economía como ciencia estructurada y distinta de otras ciencias sociales es generalmente atribuido a Adam Smith¹, en realidad nuestros conocimientos

¹ Título que de ningún modo es pacífico. Sin embargo, la idea de que Adam Smith fue el padre de la economía no niega la existencia de valiosos economistas antes que él; sino pretende reconocer que su libro *Una Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las*

articulados sobre el valor, la escasez, la producción, el intercambio, los precios, el consumo, el dinero, la inflación, etc. se remontan a épocas muchísimo más antiguas, destacando en la historia del pensamiento económico *antes* de Smith: los filósofos griegos, los teólogos de la Edad Media, la escuela de Salamanca, los mercantilistas absolutistas franceses e ingleses, los fisiócratas y la ilustración escocesa, como los más influyentes.

Como es harto conocido, con Adam Smith se inició la escuela clásica, la misma que gracias a la revolución marginalista², los aportes del británico Alfred Marshall³, así como desarrollos en la Teoría de la Organización Industrial⁴ forjó

naciones fue el primer tratado de economía que se convirtió en un *clásico*, en un punto de partida de referencia obligatoria para todos los investigadores posteriores. No obstante, esta justificación parece insuficiente para algunos: “*Entonces, el honor de ser llamado el “padre de la economía moderna” no corresponde a su usual receptor (Adam Smith), sino más bien a un comerciante irlandés nacionalizado francés, banquero y aventurero que escribió el primer tratado de economía más de cuatro décadas antes que la publicación de la Riqueza de las Naciones. Richard Cantillon (inicios de los 1680’s-1734) es uno de los personajes más fascinantes de la historia del pensamiento social y económico*” ROTHBARD, Murray. *Economic Thought before Adam Smith. An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*. Volumen I. The Ludwig von Mises Institute, Auburn, AL. 2006. Pág. 345.

² Así se le denomina a la transformación de la ciencia económica debido a la aplicación del principio de la utilidad marginal decreciente en la década de 1870 y siguientes, en base a su descubrimiento independiente y simultáneo por William Stanley Jevons, Leon Walras y Carl Menger. El principio de la utilidad marginal parte del hecho innegable que al actuar, los individuos valoran las unidades de bienes concretas o “marginales” que son objeto de su decisión, y no valoran los bienes en general o en abstracto. Esto implica que la utilidad o satisfacción derivada del consumo de una primera unidad concreta de un bien cualquiera siempre será mayor que la unidad inmediatamente posterior, o dicho de otro modo, que la utilidad derivada del consumo de las subsiguientes unidades marginales de bien siempre decrece.

³ Alfred Marshall publicó en 1890 *Principles of Economics*, obra en la cual desarrolló algunos de los conceptos más importantes utilizados hasta el día de hoy en el análisis económico de las conductas anticompetitivas, tales como *ley de la oferta, ley de la demanda, racionalidad del consumidor, excedente del consumidor y del productor, elasticidad de la demanda, determinación del precio de equilibrio, economías de escala, etc.*

⁴ Marshall logró formar un nuevo paradigma en teoría económica, centrado en el análisis de un mundo racional, estático e inmutable que tiende al equilibrio. Seguidores de este paradigma neoclásico proveyeron importantes desarrollos que conectaron explícitamente la teoría económica con la justificación de una política antimonopolio; o dicho de otro modo, la racionalizaron. Así, en 1933 se publicaron *The Economics of Imperfect Competition*, de la economista Joan V. ROBINSON (fuertemente influenciada por el análisis estático y matemático de León Walras, Arthur Pigou y Piero Sraffa) y *The Theory of Monopolistic Competition*, de Edward H. CHAMBERLIN. Los economistas subsiguientes hicieron aportes que ayudaron a iluminar varias facetas del comportamiento organizacional y el análisis de mercados, pero sin proveer un sustituto analítico adecuado para los modelos de Robinson y Chamberlin. Piénsese en los teóricos de la Organización Industrial que proveyeron las bases del paradigma denominado “*Estructura-Conducta-Desempeño*”, tales como Edward MASON (*Economic concentration and the monopoly problem*, Harvard University Press. Cambridge, 1957), Jose BAIN (*Industrial Organization* [1959], John Wiley & Sons, 2da. edición. NY, 1968), Frederic M. SCHERER, David ROSS (*Industrial market structure and economic performance*, Rand McNally. Chicago, 1970) y George STIGLER (*The Organization of Industry*, Richard D. Irwin Inc.

una *teoría neoclásica de la competencia*, la misma que racionaliza la doctrina antimonopolio y justifica gran parte del Derecho de la Libre Competencia.

1.2. Sinopsis de la teoría neoclásica de la competencia.

El enfoque neoclásico acerca de cómo funciona el sistema de mercado o la competencia puede resumirse de la siguiente manera: Por un lado, los compradores buscan maximizar sus ganancias provenientes del consumo de bienes, adquiriéndolos hasta que el *beneficio* obtenido por una unidad adicional de bien se equipare a *lo que deben renunciar* por esta última unidad. De forma análoga, estos individuos proveen su fuerza de trabajo a las empresas que los contratan, balanceando sus ganancias (remuneraciones) con la desutilidad del trabajo en sí: la pérdida de descanso. Lo importante de esta caracterización es que los individuos toman sus decisiones en el margen, siempre ponderando si vale la pena adquirir *un poco más* de algo. De esta idea resulta la teoría de la demanda de bienes de consumo así como la oferta de factores de producción.

En el lado opuesto, los productores de bienes o proveedores buscan producir tal cantidad de bienes que el costo de producir la unidad adicional se iguale al ingreso marginal que genera. En ese sentido, al igual que los individuos consumidores, también maximizan beneficios. Las empresas también contratan trabajadores hasta que el costo adicional de contratar uno más se iguale con el incremento de valor en la producción total que la última persona genere con su trabajo⁵.

Esta perspectiva neoclásica involucra diversos “agentes”: familias o empresas maximizadoras de beneficios sujetas a diversas restricciones. Los *precios* son

Homewood, IL, 1969). Asimismo, piénsese en la parcial superación de dicho paradigma por parte de las “nuevas escuelas” generadas a partir de la década de los 70’s; en especial, por la llamada “Escuela de Chicago”. Para una excelente revisión de la evolución de la Teoría de la Organización Industrial, ver: SHEPHERD, William G. *Mainstream Industrial Organization and “new” schools*. En: *Revue économique*. Volumen 41, N° 03, 1990. Págs. 453-480.

⁵ WEINTRAUB, E. Roy. *Neoclassical Economics*. The Concise Encyclopedia of Economics, disponible en la página web de *Library of Economics and Liberty* (Visitada 11 de enero de 2010): <http://www.econlib.org/library/Enc1/NeoclassicalEconomics.html>. Esta enunciación neoclásica del sistema de mercado puede encontrarse en prácticamente cualquier texto de microeconomía.

las señales que brindan información a estas familias y empresas sobre la escasez relativa de los bienes y factores de producción que desean adquirir, actuando como reguladores entre la demanda y la oferta de bienes. Así pues, el comportamiento *racional* de todos los agentes económicos *de alguna manera*⁶ provoca un escenario de *equilibrio*; es decir, un escenario donde la producción de bienes iguala la cantidad que se requiere de ellos. Este estado de cosas se reputa como *Pareto eficiente*, por cuanto la asignación de recursos es óptima y en consecuencia ninguna reasignación de los mismos podría mejorarla⁷.

Todo este equilibrio se sostiene bajo la asunción de que cada uno de los agentes que participan en él es un *homo economicus*, un hombre racional. Por *homo economicus*, debemos entender un hombre “maximizador”. El consumidor maximiza su función de utilidad⁸ mientras que las empresas maximizan márgenes de ganancia totales⁹. Por *racionalidad* debemos entender una serie de condiciones imputadas al ordenamiento de las preferencias de los consumidores¹⁰. La primera condición es la *completitud*, es decir, que el consumidor puede decirnos cómo ordena todas las combinaciones posibles de bienes y servicios. La segunda condición es la *transitividad*, es decir, que si el consumidor prefiere A a B, y luego prefiere B a C, entonces debe asumir que prefiere A a C (esta condición impide la *circularidad*). La última condición es la *reflexividad*: cualquier conjunto de bienes A es por lo menos tan bueno como él mismo. Como señalamos, los economistas neoclásicos asumen que los individuos son racionales en este sentido.

⁶ Nuestra expresión “*de alguna manera*” es muy significativa, precisamente porque sostenemos que *esta teoría no puede dar cuenta del mecanismo o proceso por el cual se alcanza el equilibrio*. Confían en que la *competencia* –en sus diversas manifestaciones– es un estado de cosas. *Se pierden en prescripciones normativas sin explicar realmente* (positivamente, en términos de Milton FRIEDMAN) el proceso social por el cual se da la tendencia al equilibrio.

⁷ Cabe agregar que intento de estudiar la conducta de los consumidores individuales, empresas individuales, y mercado individuales aislados del resto del sistema económico, es lo que se conoce como análisis de *equilibrio parcial*, en oposición al *equilibrio general*. De ahí la división en Microeconomía (acciones de los individuos aisladas de su relación con el resto del sistema) y Macroeconomía (estudia el sistema económico como un todo, aislado de las acciones de los individuos).

⁸ Combinación de consumo que le brinda la máxima utilidad al consumidor, dada su restricción presupuestaria.

⁹ Diferencia entre costos totales e ingresos totales.

¹⁰ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1998. Págs. 32-33.

Dicho ello, dado que (1) usualmente se concibe a la economía como la ciencia que estudia la asignación eficiente de los recursos sociales entre fines alternativos, y además, que (2) la libre interacción de los agentes económicos resulta en una situación de equilibrio Pareto-eficiente, ordinariamente se concluye que, *salvo existan fallas de mercado*, debe dejarse a los individuos producir e intercambiar libremente. Sólo si se presentaran fallas en el mercado, entonces resultaría necesario intervenirlo a fin de garantizar la eficiencia en la asignación de los recursos.

Como consecuencia, los desarrollos teóricos de la escuela neoclásica están avocados a detectar y a estudiar -teórica y empíricamente- estas fallas de mercado, identificando diversas condiciones (estructurales¹¹, estratégicas¹² y de resultados¹³) por las cuales este equilibrio eficiente podría verse distorsionado y, al mismo tiempo, proponiendo diversos grados de intervención en los mercados a efectos de superar las fallas encontradas. Dicha escuela no solamente se ha caracterizado por una visión estática del fenómeno de la competencia conforme veremos más adelante –visión que, dicho sea de paso, ha sido materia de posterior arrepentimiento¹⁴- sino que redujo deliberadamente el análisis de dicho fenómeno a una dimensión: *los precios* y

¹¹ Por ejemplo, en los textos estándar se presentan las estructuras oligopólicas de Bertrand, Cournot y Stackelberg; así como los desarrollos en teoría de juegos y las condiciones propicias para la colusión. Todas ellas son analizadas una y otra vez en función a los equilibrios que se alcanzarían dadas las condiciones impuestas en cada modelo. Sus resultados son siempre comparados, favorable y desfavorablemente con aquellos resultados de la competencia perfecta.

¹² Por ejemplo, desde la teoría de la Organización Industrial ortodoxa, entre las estrategias para “evitar” esta la competencia y ganar cierto *poder de mercado*, se estudian las integraciones verticales y horizontales, el incremento de los costos de los rivales (*raising rivals costs*), el establecimiento de precios límites (*limit pricing*), el incremento de la capacidad instalada, la diferenciación de productos, etc. Muchas de estas estrategias son tipificadas como prácticas anticompetitivas, precisamente por influencia del paradigma de competencia neoclásico.

¹³ La Escuela de Chicago es elocuente en este sentido. A inicios de la década de los 70 se planteó que el único objetivo de la política Antitrust debería ser la búsqueda de la eficiencia asignativa y productiva. De este modo, dejó de preocuparse tanto por las *estructuras*, pero sí por los *resultados* de eficiencia, medida fundamentalmente en función a la *disminución de precios*.

¹⁴ Resultan reveladoras las afirmaciones de la propia Joan ROBINSON, quien casi 30 años después de *Economics of Imperfect Competition*, señaló: “*I took the wrong turn in my analysis of imperfect competition, by concentrating on the “imperfect” and ignoring “competition.” Thus, instead of abandoning static analysis and trying to reconcile my analysis with Marshall’s theory of development, I followed Pigou and prepared Economics of Imperfect Competition on static foundations*”. Citada por DE LEON, Ignacio. *An Institutional Assesment of Antitrust Policy. The Latin American Experience*. Kluwer Law International. Países Bajos, 2009. Pág. 100.

su relación con la cantidad producida y el número de empresas, lo cual explica en gran medida su obsesiva preocupación por las estructuras y/o tipos de mercado.

1.3. Neoclasicismo y Derecho de la Libre Competencia.

¿Qué tiene todo esto que ver con el Derecho de la Libre Competencia? Sucede que el Derecho de la Libre Competencia es un sistema creado con la finalidad de corregir una de las fallas de mercado más importantes: *el monopolio*¹⁵. La lógica detrás de este sistema es que el Derecho tiene por finalidad alcanzar el bienestar general o el *bien común*, por lo que no podría quedarse de manos atadas ante una situación de hecho que -como el *monopolio* y, en menor medida, el *poder de mercado*- distorsiona la asignación de recursos.

Para poder advertir esta *falla* y contribuir en su solución, resulta imprescindible contar con un marco teórico acerca de cómo funciona el sistema de mercado y la competencia, en qué consiste el referido monopolio o el poder monopólico, cómo se originan las fallas de mercado y el perjuicio que éstas generan en la sociedad. En la actualidad, este marco teórico está dado por la *teoría económica neoclásica de la competencia y del monopolio*.

No hace falta hacer una investigación detallada para acreditar esta última afirmación. Basta con revisar los contenidos de los más importantes textos relacionados con el Derecho de la Libre Competencia o de Organización Industrial para percatarnos que están cargados de análisis teóricos y empíricos de estructuras de mercado tales como la competencia perfecta, monopolio puro y escenarios intermedios, estados de equilibrio, así como de conductas estratégicas¹⁶. Por todos lados se encuentran conceptos como los de

¹⁵ Debe hacerse la salvedad que nos referimos al "*monopolio de libre mercado*", es decir, al monopolio que surge en una economía libre de distorsiones estatales. La precisión es necesaria por cuanto existen "*monopolios legales*" que están amparados en alguna norma legal, y que no constituyen en estricto fallas de mercado.

¹⁶ Podemos empezar citando algunos de los textos más celebrados en doctrina Antitrust: KIP VISCUSI, W.; HARRINGTON, Joseph E. Jr; y VERNON, John M. *The Economics of Regulation and Antitrust*. 4ta. Edición. The MIT Press. Cambridge MA, 2005; AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases*. Aspen Law & Business. Nueva York, 1997; HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*.

excedente del consumidor y del productor, elasticidad de la demanda o de la oferta, condiciones, características y resultados de la competencia perfecta, pérdida de eficiencia social (deadweight loss), fallas de mercado, un detallada lista de ineficiencias provocadas por el monopolio y por estructuras de mercado concentradas, etc. Si bien estos conceptos serán desarrollados más adelante, por lo pronto sólo debemos destacar que la teoría económica neoclásica es el cuerpo teórico más influyente actualmente en el Derecho de la Libre Competencia.

Dado que nuestro interés se centra en el Derecho de la Libre Competencia peruano, para sustentar nuestra afirmación debemos hacer referencia obligatoria, además de los autores y decisiones administrativas que a lo largo del presente trabajo se mencionarán, al *Proyecto de Manual de Libre Competencia*, elaborado por la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) en el año 2005, que contiene los lineamientos generales aplicados en la práctica por esta Comisión. En este manual se aborda las características del proceso social de competencia, siempre haciendo remisión a la *competencia perfecta* como marco teórico sobre el cual efectuar los análisis costo-beneficio para determinar si la conducta materia del procedimiento es “*anticompetitiva*” o no^{17 18}.

Hornbook Series, West Group. St. Paul, MINN, 1999; POSNER, Richard. *Antitrust Law. An Economic Perspective*. The University of Chicago Press. Chicago, 1976. En español podemos citar al argentino Germán COLOMA: *Defensa de la Competencia*, Ciudad Argentina, Buenos Aires –Madrid, 2003, así como a los peruanos Pinkas FLINT: *Tratado de Defensa de la Competencia*, Fondo Editorial PUCP. Lima, 2002; Jorge FERNÁNDEZ BACA: *Organización Industrial*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima, 2006; TOVAR MENA, Teresa *Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones*, ARA Editores. Lima, 2006, Pág. 27; entre los más cercanos.

¹⁷ *Proyecto de Manual de Libre Competencia*. Elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI y remitido con fecha 30 de septiembre de 2005 a los miembros de la Comisión mediante Informe No. 041-2005-INDECOPI/ST-CLC. Capítulo I. Puntos 1 al 5. Si bien este manual *no es oficial*, sí recoge gran parte de los razonamientos y argumentaciones del INDECOPI en diversos casos resueltos.

¹⁸ “*En efecto, es a través de una análisis costo-beneficio que la agencia de competencia declarará que una conducta o práctica desarrollada por una o más empresas es anticompetitiva y por ende procederá a sancionar a los infractores y dictar medidas correctivas que por lo general afectan el derecho de propiedad y la libertad de contratación de dichas empresas*” Proyecto de Manual de Libre Competencia. Capítulo I. Punto 3.4.

Asimismo, a lo largo del presente trabajo, se hará diversas referencias a argumentos provistos por la agencia de competencia peruana (INDECOPI y OSIPTEL) a través de sus resoluciones, las cuales abundarán en cómo *la competencia perfecta o algunas de sus principales condiciones* siguen siendo (1) el *paradigma a alcanzar* mediante la intervención desde un punto de vista normativo, y (2) el *patrón de comparación* utilizado para diagnosticar mercados reales desde un punto de vista positivo.

2. LA NOCIÓN NEOCLÁSICA DE COMPETENCIA

2.1. Uso del modelo de la competencia perfecta en el contexto de la defensa de la competencia.

Paradójicamente, la ciencia social llamada a estudiar los fenómenos de mercado rara vez se ha enfocado en explicar de manera *realista* cómo funciona la competencia. Más bien, confundida entre en análisis positivo (lo que es) y el normativo (lo que debe ser), la *noción de competencia* de los economistas neoclásicos se concentra en el *modelo de competencia perfecta*, un escenario abstracto-idealista fundado en condiciones reconocidamente falsas que denotaría el máximo nivel de competencia posible en el mercado, cuya la finalidad radicaría en servir:

- (i) como guía y pauta en sus prescripciones normativas; y/o
- (ii) como referencia para diagnosticar qué tan competitivo es un mercado real.

En palabras de AREEDA y KAPLOW, “*el Antitrust no es la nacionalización de la industria [ni] la regulación directa y extensiva de la misma. Al contrario, el Antitrust provee las reglas de juego a las que la competencia debe someterse. Por ende, asume que las fuerzas del mercado –guiadas por las limitaciones impuestas por las leyes antitrust- producirán buenos resultados, o al menos mejores resultados que cualquiera de las demás alternativas que ignoran estas fuerzas. En consecuencia, el modelo de competencia perfecta puede verse*

como el gran objetivo central, como el resultado perseguido por el Antitrust, aunque sus condiciones no se den por sentadas. El Antitrust toma a la competencia perfecta como una guía, pero sus análisis inevitablemente enfatizan las innumerables y complejas imperfecciones de los mercados reales”¹⁹

En similar sentido, en el Perú, FLINT indica que no obstante su irrealismo, el modelo de competencia perfecta sirve como patrón de comparación para medir las desviaciones con respecto del modelo, de modo que conforme la realidad se aleja de este modelo se van generando signos de ineficiencia. Por su parte, KAFKA señala: *“El modelo no pretende ser real, sino meramente una abstracción para llegar a ciertas predicciones, ceteris paribus, y desde el punto de vista normativo, demostrar cómo se puede llegar a una situación social óptima de asignación de recursos”²⁰.*

En su denominado “manifiesto de competencia”, HARO defiende el modelo de la competencia pura sólo para efectos ilustrativos: *“Es verdad que en el mundo real no existen los mercados perfectamente competitivos y que la formación de los precios se produce como efecto de un proceso dinámico que el modelo de competencia pura ignora por completo. No obstante ello, la exacerbación hipotética de las condiciones reales en que se produce la competencia sirve para constatar, con relativa simplicidad, cómo es que podemos beneficiarnos con menores precios y mayor eficiencia social en la medida que se incrementen las presiones competitivas”²¹.* Sin embargo, la aparentemente inocua finalidad ilustrativa del modelo se pierde cuando la comparamos contra la tradición del Derecho de la Libre Competencia en el Perú, en cuyos pronunciamientos se hace constante alusión a *precios competitivos, competencia “normal”, ventajas “anormales”, explotación, etc.*, así como innumerables razonamientos por los que se juzga el desempeño de los

¹⁹ AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases*. 5ta. Edición. Aspen Law and Business. Nueva York, 1997. Pág. 12.

²⁰ Citado por FLINT, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Estudio exegético del Decreto Legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia de la libre competencia*. Primera Edición. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2002. Pág. 158.

²¹ HARO SEIJAS, José Juan. *Contra los excesos de la regulación económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas*. En: Revista THEMIS No. 50, Año 2005. Pág. 157.

mercados reales en función al modelo de competencia perfecta. Para muestra, en la Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI²², la agencia de competencia peruana señaló: *“Puede verse que el abuso explotativo de posición de dominio es la negación de la competencia, pues se aparta de las condiciones de equilibrio generalmente asociadas a la competencia, perjudicando por ende a los consumidores”*.

Teóricamente, sobre la *competencia perfecta* se desarrollan los modelos de mercados imperfectos (V.g. diversos equilibrios oligopólicos de corto y largo plazo), comparándose en eficiencia los resultados obtenidos en cada uno de ellos. En la práctica, las *“condiciones de competencia”* en los mercados relevantes son evaluados en comparación con las condiciones que generan la competencia perfecta, contrastándolas además, con los resultados eficientes que ésta provee. *La competencia perfecta, pues, sigue siendo el paradigma de competencia para la doctrina y práctica del Derecho de Libre Competencia.*

Ello, por supuesto, tiene consecuencias importantes. En palabras de uno de los más importantes expertos en Antitrust, Richard SCHMALENSEE: *“El gran problema de usar la definición económica de poder de mercado a efectos de medir el poder de mercado en Antitrust es que conlleva a que los economistas consideren que a toda desviación de los mercados reales del modelo de competencia perfecta, esto es, toda demanda que no sea perfectamente elástica, tales como las condiciones que permiten acuerdos discriminatorios, como “imperfecciones del mercado”. La implicación que sigue evidentemente es que estas “imperfecciones” requieren un arreglo.”*²³

²² Esta resolución se expidió en el marco del procedimiento iniciado por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y Javier Diez Canseco contra varias Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP's) principalmente por presunto cobro de comisiones excesivas, entre otros cargos.

²³ SCHMALENSEE, Richard. Citado en: SULLIVAN, Lawrence y GRIMES, Warren. *The Law of Antitrust. An Integrated Hand book*. Thomson West (Hornbook Series). Pág. 47.

2.2. Competencia perfecta.

Ahora bien, ¿en qué consiste este modelo de competencia perfecta? Los economistas asumen que un mercado es competitivo cuando se dan las siguientes condiciones:

- (i) El número de compradores y vendedores es tan alto que ninguno de ellos puede ejercer influencia importante sobre el precio de mercado. Es decir, la curva de demanda que enfrenta cada empresa es perfectamente elástica u horizontal, con lo que no podrían incrementar sus precios sin perder la totalidad de sus clientes. Dada esta limitación de las empresas, se les considera “*tomadoras de precios*”²⁴.
- (ii) Existe movilidad perfecta de los factores de producción y todos los competidores tienen acceso a ellos; ergo, no existen barreras de entrada ni de salida. Dentro de este supuesto también se incluye que todas las empresas tienen exactamente la misma función de oferta, es decir, que cuentan con la misma tecnología e incurren en los mismos costos. Son empresas “representativas”, iguales.
- (iii) Existe información perfecta que es conocida por todos los agentes del mercado y utilizada en la toma de decisiones: todos conocen los precios, la producción y demás información del mercado.
- (iv) Los bienes producidos por las diversas empresas son todos idénticos u homogéneos.

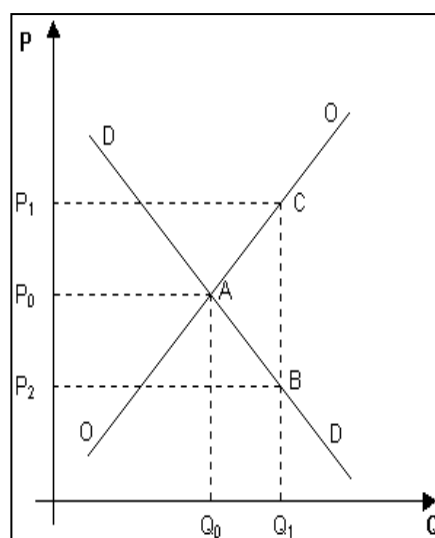
Según el modelo de la competencia perfecta, todas estas condiciones automáticamente resultan en un estado de equilibrio, en el cual el precio de los bienes -denominado *precio de competencia*- es igual al costo marginal de producir la última unidad de bien; con lo cual estos precios tienden a reflejar la relación de sustitución existente entre los distintos bienes y servicios, es decir,

²⁴ Esta limitación de influir en el precio también se aplica a los consumidores. Ellos también son “*tomadores de precios*”.

de cuántas unidades de un determinado bien debe prescindir la sociedad para lograr la producción de una unidad de otro bien²⁵.

El mecanismo por el cual las condiciones precitadas alcanzan el equilibrio usualmente se reduce a la llamada *ley de la oferta y la demanda*: una eventual sobreoferta de bienes producidos -exceso de la cantidad producida en relación a la demanda de bienes- tendería a hacer disminuir el precio de dichos bienes hasta que la cantidad ofrecida se iguale a la demandada: *equilibrio*. Ello sucede así porque una disminución en el precio hará que las empresas produzcan menos cantidad del bien, dado la producción de éste ya no resulta tan rentable como antes y, a la vez, provoca que más personas estén dispuestas a adquirirlos. Viceversa, un exceso de demanda con relación a la cantidad de bienes existente tenderá a incrementar el precio hasta que cantidad producida/ofertada y cantidad demandada se igualen.

En el siguiente cuadro tenemos la representación gráfica de la competencia perfecta. El eje vertical P representa los distintos niveles de precio y el eje horizontal Q representa las diversas cantidades de bienes producidas y demandadas. Dentro del cuadrante, la curva D –de pendiente negativa²⁶- representa la demanda existente mientras que la curva O –de pendiente positiva²⁷- representa la oferta existente. Con estos datos, tenemos que al precio P_0 (*precio competitivo*) se producirá y demandará la misma cantidad de bienes: Q_0 . Esta situación de equilibrio está representada en el punto A.



²⁵ FLINT, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Estudio exegético del Decreto Legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia de la libre competencia*. Primera Edición. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2002. Pág. 23.

²⁶ La pendiente negativa implica que para los demandantes (consumidores) mientras mayor sea el precio, menor será la cantidad de bienes demandada y viceversa.

²⁷ La pendiente positiva implica que para los ofertantes (productores) mientras mayor sea el precio, mayor será la cantidad ofertada y viceversa.

Se puede inferir que los puntos C y B serían situaciones fuera del equilibrio, pues en el primer caso, el precio supracompetitivo P_1 genera una cantidad producida de Q_1 que es muy superior a la cantidad que se demanda a ese precio (i.e. hay un exceso de oferta y una insuficiente demanda); mientras que en el segundo caso el precio infracompetitivo P_2 genera una cantidad demandada de Q_1 que es muy superior a la cantidad que se oferta a ese precio (i.e. hay un exceso de demanda y una insuficiente oferta). La teoría económica nos dice que dadas estas situaciones, las presiones competitivas harán que el precio supracompetitivo P_1 tienda a la baja y que el precio infracompetitivo P_2 tienda al alza, de tal manera que el equilibrio A tenderá a restablecerse.

El equilibrio A alcanzado como resultado de estas condiciones es un estado de cosas donde ninguna reasignación de recursos puede mejorar la situación global. Es un escenario donde no puede ejercerse poder de mercado alguno y todos los individuos sólo toman precios dados.

Igualmente, la ley de la oferta y demanda nos dice que si factores distintos al precio y la cantidad ofertada/demanda (V.g. el ingreso de los consumidores o sus gustos) modifican las curvas de oferta o demanda, desplazándolas hacia la derecha o izquierda, existirá un nuevo punto de equilibrio a cuyo nuevo precio competitivo se igualarán la cantidad ofertada y la cantidad demandada del bien en cuestión.

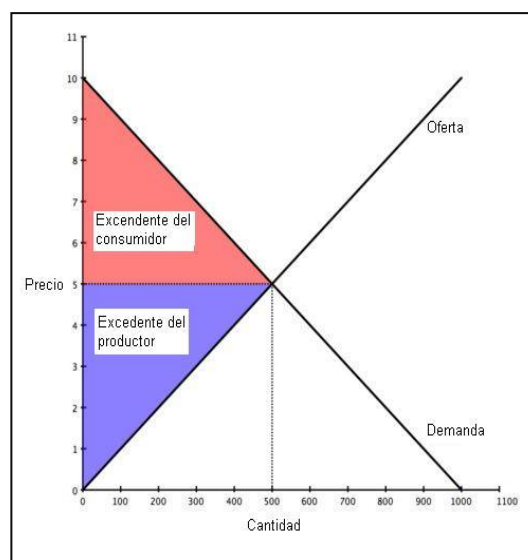
2.3. Bienestar social y excedentes en la competencia perfecta.

La importancia *normativa* de esta situación ideal de equilibrio competitivo neoclásico radica en que éste maximiza el bienestar de la sociedad, medido en términos de eficiencia. En otras palabras, la razón por la que la competencia perfecta es considerada el *benchmark* del bienestar –y, en consecuencia, el objetivo normativo a alcanzar- se explica porque en ella tanto los consumidores como los productores -entiéndase, *todos* los participantes del mercado- obtienen el máximo beneficio posible, la máxima producción al menor costo.

El beneficio obtenido por un consumidor es denominado *excedente del consumidor* y consiste en la diferencia entre la cantidad de dinero que éste está dispuesto a pagar por una determinada cantidad de un bien y lo que realmente paga. En un contexto de competencia perfecta, el consumidor pagará el *precio competitivo*, que por definición es igual al costo marginal de producir la última unidad de bien. Es decir, pagará el menor precio tecnológicamente posible y debido a ello obtendrá el máximo excedente posible. La suma de todos los excedentes de los consumidores se ilustra en el siguiente gráfico mediante la región rosa.

Exactamente el mismo razonamiento puede realizarse acerca de los ofertantes. El *excedente del productor* es el ingreso que obtiene éste por la venta de un bien menos el costo de producirlo. En el cuadro adjunto, el excedente de todos los productores está representado por la región azul. Este concepto mide el beneficio que obtienen los vendedores por participar en un mercado. En un mercado perfectamente competitivo, los productores venderán sus productos al *precio competitivo*.

El *excedente total* es la suma de todos los excedentes individuales de los consumidores y de los productores (regiones rosa más azul), pudiendo definirse en el agregado como la diferencia entre el valor que las unidades de producto intercambiadas tienen para los consumidores menos el costo de producción asumido por los productores. En competencia perfecta, este *excedente total* es el máximo posible.



Por lo anterior, si bien se reconoce que la competencia perfecta es imposible de alcanzar, sí constituye el gran objetivo al cual las políticas públicas deben aspirar. Asimismo, cualquier desviación de este ideal es considerada como fuente de ineficiencias y merece ser corregida.

2.4. Primeras observaciones al modelo de la competencia perfecta como paradigma ideal de competencia.

Como adelantamos líneas arriba, la doctrina antimonopolio no se ocupa de definir o estudiar los fenómenos reales tal cual ellos ocurren en un mercado no intervenido. No estudia la competencia como fenómeno desde un punto de vista *positivo* (*cómo efectivamente funciona*), sino que utiliza la competencia perfecta y diversos modelos de competencia “imperfecta”²⁸ –siempre evaluados a partir de la competencia perfecta- únicamente para obtener prescripciones *normativas* (*cómo debe funcionar*) y predicciones, al margen de su real poder explicativo. He ahí el alegado valor de tales modelos.

No obstante, ¿realmente esta noción de competencia ideal tiene alguna relación relevante con el fenómeno social de competencia económica?

Empezaremos por cuestionar el papel del individuo y su “ajuste automático” que provocan los estados de equilibrio competitivo que son objeto de estudio y comparación por parte de los economistas -método denominado *estática comparativa*-, en vez de que el foco de atención sea el proceso por el cual los individuos toman decisiones y generan tendencias espontáneas de coordinación económica. Esta desviación tiene sus raíces en la noción *idealista* de individuo y el *holismo metodológico* que le caracteriza. Desde aquella perspectiva, el individuo no es más que una parte del sistema económico, que reacciona y se ajusta mecánicamente dentro de un equilibrio social pre-determinable desde un set de información dada. Es un *homo economicus*, un individuo que tiene información perfecta sobre sus propias preferencias, las cuales son *completas, transitivas y reflexivas*.

Desafortunadamente, tal caracterización del individuo es absurda. El individuo tiene un rol protagónico en las ciencias sociales en el sentido que es el *creador*

²⁸ El común denominador de la “imperfección” en estos últimos tipos de mercado es que, a diferencia de la competencia perfecta en la cual los agentes son tomadores de precios, las empresas tienen cierto poder para determinar el precio de equilibrio. El problema del poder de mercado y la utilidad de los modelos económicos serán temas a abordarse más adelante.

y actor de todas las relaciones y los procesos sociales, de modo que resulta imperativo estudiarlo en esta debida dimensión. El individuo no es una pieza cuyo comportamiento esté fatalmente determinado; al contrario, constituye una pieza que se mueve por sí misma porque “actúa” y no simplemente “reacciona”. Reconocer que el individuo puede actuar ya implica asumir su inherente creatividad y, por lógica, su imperfección cognitiva. Ser creativo significa percibir o crear información valiosa que antes no estaba disponible, significa aprender y aplicar nuevo conocimiento para el logro de fines; ergo, significa reconocer que nunca posee información perfecta ni estable. *Por ello, el desarrollo de la teoría social no debería partir del estudio de un fabuloso fantasma llamado homo economicus, sino de uno real: defectuoso, incompleto, imperfecto; en suma, creativo. ¿Cómo actúan estos hombres reales, considerando que son ellos los que generan los procesos sociales? Las preferencias de estos hombres no están dadas, fijas, no son inmutables, ni sus acciones se adoptan previa consulta con una inexistente “tabla de preferencias”²⁹. Tampoco están completas ni son transitivas. Los hombres reales toman decisiones en función a su interpretación subjetiva del conjunto de circunstancias que enfrentan en un tiempo y espacio determinados.*

El hecho que un individuo haya elegido A sobre B en un momento determinado, y en otro momento haya elegido B sobre C, no determina en absoluto que tenga una preferencia estable de A sobre C. Esto es, la *transitividad* y la *estabilidad* de las preferencias se quiebra cuando dejamos de lado al *homo economicus* y adoptamos la noción del *homo agens*: el actor creativo. Ello no quiere decir que los individuos sean “irracionales”. Los neoclásicos dirían que sí; sin embargo, su noción de racionalidad está estrecha y arbitrariamente limitada a aquéllas ya referidas pero infundadas propiedades de *completitud*, *transitividad* y *reflexividad*. Al contrario, una noción más amplia –y realista- de

²⁹ Según lo sostenido por ROTHBARD, el concepto de *preferencia demostrada* significa que sólo la elección efectivamente realizada demuestra las preferencias del actor; es decir, que las preferencias de éste son deducibles a partir de lo que él ha escogido en la acción concreta. Asimismo, nos advierte que este concepto no puede asimilarse al de *preferencia revelada* acuñado por el recientemente fallecido profesor Paul Samuelson, ya que éste último concepto asume erróneamente la existencia de una *escala de preferencias* subyacente que conforma la base para las acciones del hombre y que además se mantiene constante en el tiempo. Ver: ROTHBARD, Murray N. *Toward a Reconstruction of Utility and Welfare Economics* [1956]. Disponible en: <http://mises.org/rothbard/toward.pdf> (28/12/09)

racionalidad implica únicamente que los individuos utilizan su razón para asignar medios a fines que ellos consideran valiosos en un contexto determinado.

Apartada la idea del *homo economicus*, también se debe eliminar la asunción de que el mercado se ajusta “automáticamente” y, con ello, la recurrente tendencia de estudiar y comparar estados de equilibrio. *Al contrario, lo que debe estudiarse son los procesos de mercado, entendidos éstos como la construcción dinámica y creativa de relaciones interpersonales que por ensayo y error generan una tendencia a la coordinación de actividades entre distintos individuos.* Esta propuesta de estudiar procesos de mercado en vez de estados de equilibrio cuestiona sustancialmente la idea de competencia que hasta el día de hoy nutre la doctrina antimonopolio. La noción de competencia, pues, debe ser reformulada.

Retomamos ahora algunas observaciones a las principales características de la competencia perfecta:

- La *competencia perfecta* es por definición un modelo que describe un “estado final de cosas”, el resultado último del verdadero proceso competitivo donde toda posibilidad de reasignación eficiente de recursos ya fue agotada. Por tanto, en dicho escenario no hay cabida para las oportunidades de ganancia, existe un solo precio y todos tienen información perfecta. Todas las decisiones se ajustan automáticamente y, por ende, no existe la posibilidad de error ni de *arbitraje*, i.e. obtener beneficios empresariales de las diferencias de precios.

Se asume, además, que los retornos son constantes, es decir, que los costos de producción unitarios permanecen constantes sin importar la cantidad producida. No existen pues, *economías de escala* ni de *alcance*³⁰.

³⁰ Las economías de escala son el ahorro proveniente de la disminución de costos unitarios conforme se incrementa la producción total. Las economías de alcance por su parte son el ahorro en costos unitarios debido a la producción conjunta de dos ó más bienes distintos.

- Tampoco existe la diferenciación de producto. Es más, se considera que la *homogeneidad* de los bienes ofrecidos es un elemento clave de la competencia ideal en cuanto permitiría a los consumidores poder comprar de cualquier empresa indistintamente impidiendo así la formación de poder de mercado a favor de alguna empresa en especial. Caso contrario, estaríamos frente a una llamada “competencia monopolística”, considerada una *falla*.
- Para que el modelo de competencia perfecta funcione es necesario que exista *información perfecta* sobre cada elemento y ámbito del mercado: qué tipo y qué características de los productos desean los consumidores, con qué intensidad los desean, cuáles son los costos de producción, cuál es la mejor tecnología o método de producción, cuáles son los precios correctos que empresas ofrecen los bienes deseados, cuál es el tamaño más eficiente de la empresa, etc. Debido a esta información perfecta, toda expectativa se cumple y por tanto no existe la *incertidumbre de mercado*. Negada la incertidumbre, se colige que el modelo de competencia perfecta ignora *deliberadamente* el mecanismo de pérdidas y ganancias concebido como aquél proceso por el cual los juicios empresariales correctos son recompensados mientras que los incorrectos, castigados. La competencia perfecta sólo se centra en el estado final de cosas, donde ya se acabó el real proceso competitivo³¹.

Como es previsible, toda situación en la que no exista información perfecta también es considerada una falla a corregir (V.g. Asimetrías de información).

³¹ En palabras de DEMSETZ, “el núcleo de la teoría económica tradicional se localiza, así pues, en la idea de decisión racional en un entorno cierto y seguro [no hay incertidumbre]. Este es el modelo total de descentralización de la actividad, pero donde los individuos no son sujetos activos que compiten entre sí, sino meros destinatarios pasivos que se adaptan de modo automático a los condicionamientos impuestos por el entorno”. Cita de H. DEMSETZ. En: ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Los costes de transacción*. Pág. 08, pie de página 15. Disponible en: <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/jaar%20-%20Costes.pdf>

- En competencia perfecta tampoco existen costos de transacción: costos de búsqueda, negociación y ejecución de contratos. De hecho, la disciplina del Análisis Económico del Derecho cobra importancia gracias a la introducción de la noción de “*costos de transacción*” por Ronald H. Coase, precisamente porque antes de esta noción, en el mundo ideal de la competencia perfecta, el Derecho parecía inútil y gratuito. Muy perspicazmente se ha advertido que: “*El análisis y el estudio de los costes que la realización de los intercambios provoca –y, consiguientemente, de las instituciones que, como el Derecho contractual se ocupa de reducirlos- no ha preocupado sino muy recientemente a los economistas. La explicación de tal falta de atención deriva de que en los modelos teóricos neoclásicos, tales costes no existen. En efecto, en el modelo de mercado completo o perfectamente competitivo, el intercambio no conlleva costes: es un proceso absolutamente automático*”³².
- En cuanto a las relaciones entre competidores, el ideal de competencia neoclásico niega el más mínimo nivel de cooperación. La rivalidad debe ser absoluta entre competidores, impidiéndoles celebrar transacciones para así aprovechar los beneficios de la integración vertical u horizontal. Lo óptimo desde esta perspectiva es la *atomización* en aras de garantizar la ausencia de poder de mercado, de tal modo que la cooperación inter-empresarial también es pasible de corrección.
- Una última observación general nos indica que el modelo de la competencia perfecta ignora por completo cualquier tipo de interacción entre mercados³³. Dicho aislamiento arbitrario niega la existencia de la competencia intersectorial por los factores de producción que llevan a cabo las empresas, así como el hecho innegable que todas ellas -de cualquier rubro- están en constante lucha por el escaso dinero de los

³² ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Los costes de transacción. Op. Cit.* Pág. 04.

³³ KIP VISCUSI, W.; HARRINGTON, Joseph E. Jr; y VERNON, John M. *The Economics of Regulation and Antitrust*. 4ta. Edición. The MIT Press. Cambridge MA, 2005. Pág. 80.

consumidores. Esta *competencia por el dinero de los consumidores*³⁴ implica que, en realidad, todos los empresarios compiten contra todos, por lo que el arbitrario aislamiento efectuado en el modelo de competencia perfecta constituye una seria limitación al análisis de la actividad competitiva entre varios segmentos del mercado. En consecuencia, se pierde también el fundamento para medir la eficiencia o bienestar global.

- Otra de las consecuencias de negar la competencia intersectorial por los factores de producción consiste en olvidar que aquella también es un proceso de descubrimiento y que los costos de producción –léase, los precios de los factores de producción- también son parte de un proceso dinámico y falible que difícilmente expresa el verdadero valor de los usos alternativos de aquéllos factores de producción transados. Sólo en un mundo donde no existan errores y todas las expectativas empresariales se cumplan es posible afirmar que los costos de producción reflejan el verdadero costo de oportunidad³⁵.

En resumen, en competencia perfecta, los individuos no actúan sino reaccionan, las empresas son todas iguales (“representativas”), atómicas y sin perspectivas de crecimiento, que ofrecen exactamente los mismos productos al mismo precio, saben perfectamente qué tecnología emplear y cuánto producir, conocen las inmutables preferencias de los consumidores, no enfrentan riesgo ni incertidumbre, costos de transacción, ni están sometidas a ningún mecanismo de pérdidas y ganancias. En otras palabras, el modelo de competencia perfecta es una situación donde ya no hay competencia. La paradoja es evidente: el ideal de la competencia es que no haya competencia. El ideal de competencia planteado por la doctrina es, pues, absurdo.

³⁴ “Dollar competition”, en palabras de LeFEVRE. Ver: LeFEVRE, Robert. *The Fear of Monopoly*. Disertación disponible en: <https://mises.org/media/1158/The-Fear-of-Monopoly-Part-One> y <http://mises.org/media/1159/The-Fear-of-Monopoly-Part-Two>.

³⁵ RIZZO, Mario. *Uncertainty, Subjectivity and the Economic Analysis of Law* (Cap. 4); En: RIZZO, Mario (Editor) *Time, Uncertainty and Disequilibrium. Exploration of Austrian Themes*. Lexington Books. Toronto, 1979.

2.5. Consecuencias prácticas de la noción de competencia perfecta como “benchmark”.

Desde esta perspectiva neoclásica, cualquier condición de la realidad que difiera de las condiciones de la competencia perfecta empieza a ser vista con recelo y prejuicio, pues podría ser fuente de ineficiencias de todo tipo. En efecto, los diversos modelos de competencia imperfecta se generan a partir de la sutil incorporación de ciertas condiciones reales que difieren de las condiciones del modelo de competencia perfecta. El *monopolio* está construido en base a que exista un único vendedor e imposibilidad de entrada al mercado; el *oligopolio*, a que exista un pequeño grupo de vendedores en vez de muchos vendedores, y la *competencia monopolística* está basada en que la diferenciación del bien –en oposición a la homogeneidad de los bienes– convierte en monopolista a su ofertante.

Así pues, la información imperfecta y la incertidumbre, la posibilidad de arbitraje y con ello la posibilidad de grandes márgenes de ganancia, las economías de escala y de alcance, los costos de transacción, las diferenciación de productos, la cooperación entre empresas, etc. serían condiciones que denotarían un alejamiento por parte del mundo real de las condiciones óptimas de la competencia perfecta y, por lo tanto, en coherencia con la teoría neoclásica de la competencia, merecerían ser corregidas; o en todo caso, sus efectos sociales netos deberían ser evaluados por alguna autoridad. En general, se piensa que todo indicio de *poder de mercado* originaría en la empresa dominante un prejuicio en su contra debido a un generalizado temor de que este poder logre restringir o eliminar la competencia, razón por la cual se le impone una “carga especial” consistente en el estrechamiento del rango de conductas competitivas que ordinariamente cualquier otra empresa podría practicar lícitamente. Cuenta HOVENKAMP, por ejemplo, que: “*En los casos de monopolización, el efecto del [paradigma estructura-conducta-desempeño] fue que las cortes prestaron mayor análisis (muchas veces desorientados) a determinar el poder de mercado de la empresa acusada antes que en la conducta denunciada. Esto es, una vez demostrado el poder de mercado, la*

*responsabilidad de la empresa podría determinarse en base a criterios de conducta mucho más débiles que antes*³⁶.

Similarmente, en el Perú, en reiteradas oportunidades INDECOPI ha hecho suyo el criterio de imponer a las empresas dominantes una “*responsabilidad especial*” para mantener la competencia: “*El Decreto Legislativo N° 701 no prohíbe la simple ostentación de la posición de dominio en el mercado y dicha norma no impide aquellas actuaciones razonables de las empresas que ostentan posición de dominio en el mercado. No obstante, las empresas dominantes tienen una responsabilidad especial de cuidar que su conducta no debilite o dañe la competencia en el mercado*³⁷”.

¿En qué consiste esta responsabilidad especial? Cuando la agencia de competencia dice que la empresa dominante tiene la carga de preservar la competencia, ésta se entiende implícitamente tal y como los neoclásicos la entienden:

- *Muchos ofertantes*, de modo que la exclusión de un competidor – *práctica exclusoria*- podría considerarse dañina a la competencia;
- *Atomización*, de modo que la integración vertical u horizontal es sometida a un riguroso análisis costo-beneficio social a fin de que la agencia de competencia decida sobre la conveniencia social o no de dicha integración. Ya no es la empresa la que decide el tamaño de la organización empresarial, sino la agencia de competencia, a través de su aprobación *ex ante* (control de estructuras) o *ex post* (control de conductas). Detrás de esta limitación encontramos la firme idea de que la atomización es lo ideal, mientras que la concentración es un mal necesario.

³⁶ HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Hornbook Series, West Group. St. Paul, MINN, 1999. Pág. 44.

³⁷ Resolución N° 0256-2005/TDC-INDECOPI del 4 de marzo de 2005 (Exp. N° 001-2001/CLC y 002-2001/CLC, acumulados) Caso Depósitos Santa Beatriz S.R.L., Eleodoro Quiroga Ramos E.I.R.L., Comercial Quiroga S.R.L. contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L.

- *No aprovechamiento –o mejor dicho, el aprovechamiento regulado- de las economías de escala alcanzadas;* y en ese sentido, en algunos casos las empresas tienen del deber de compartir sus bienes de capital obtenidos si la inversión para su duplicación es considerada muy alta (V.g. en los casos de negativa de trato o cuando existen las llamadas *instalaciones –a veces denominada, “facilidades” - esenciales*). E incluso, es posible que las economías de escala alcanzadas sean calificadas como *barreras a la entrada* de potenciales competidores, y por ende, doten de poder de mercado a la empresa existente e inflijan en ella la *responsabilidad especial* aludida en la cita que estamos comentando.

- *Precio competitivo y óptimo excedente del consumidor,* de modo que las *prácticas explotativas* o la cartelización también son objeto de sanción, etc. Y es que en competencia perfecta existe un paradigma consistente en que el precio sea igual al costo marginal.

Este estrechamiento de conductas empresariales no son sino expresión de un prejuicio en contra de las empresas dominantes, a quienes se le impone la carga de justificar *objetivamente* las conductas que difieran del ideal de competencia, sometiéndose al estricto escrutinio por parte de las autoridades a fin de acreditar cómo la vulneración del ideal de competencia efectivamente beneficiará netamente a la sociedad. De hecho, la naturaleza de las “conductas anticompetitivas” depende en buena cuenta del análisis costo-beneficio de sus consecuencias:

“En otras ocasiones sin embargo, el beneficio privado de un empresario no tendrá como consecuencia el beneficio social. Cuando el perjuicio social (“pérdida de eficiencia social”) producto de determinadas decisiones empresariales es mayor a las eficiencias obtenidas mediante tales decisiones, estaremos ante la presencia de una conducta anticompetitiva. En dichos casos, resultará razonable restringir la libertad de actuación (en particular, su derecho de propiedad y su libertad de contratación) de dichos privados”³⁸.

³⁸ Proyecto de Manual de Libre Competencia. Op. Cit. Capítulo I. Punto 3.4.

Así por ejemplo, se busca que las integraciones –horizontales o verticales– estén justificadas de alguna manera, de tal modo que sus beneficios superen el perjuicio de reducir la competencia idealmente entendida. Evidentemente, esta exigencia resulta porque dicho esquema ideal es aquél absolutamente desintegrado.

Como puede verse, la adopción de la competencia perfecta como el ideal de competencia *no es neutral* en la política de defensa de la competencia, sino al contrario, define su marco teórico, su justificación y sus alcances.

3. CRÍTICA DEL MÉTODO Y DEL USO DE LA COMPETENCIA PERFECTA COMO IDEAL DE COMPETENCIA.

3.1. La modelización desde el punto de vista positivo y normativo.

No es nuevo hablar de economía positiva y economía normativa. FRIEDMAN inicia su famoso ensayo *La Metodología de la Economía Positiva* así: “*En su admirable libro sobre El objeto y el método de la economía política, John Neville Keynes distingue entre "una ciencia positiva..., un cuerpo de conocimiento sistematizado concerniente a lo que es; y una ciencia normativa u ordenadora..., un cuerpo de conocimientos sistematizado que discute los criterios sobre lo que debe ser; un arte..., un sistema de reglas para la consecución de un fin dado*”³⁹.

³⁹ FRIEDMAN, Milton. *The Methodology of Positive Economics*. En: *Essays in Positive Economics* [1953] The University of Chicago Press, Chicago, 1970 (Traducción libre, versión obtenida de: <http://www.econ.umn.edu/~schwe227/teaching.s11/files/articles/friedman-1953.pdf>; Pág. 01). Evidentemente, ni Friedman ni Keynes (padre de John Maynard) son los primeros en haberse percatado de esta distinción. Podríamos retrotraernos a la famosa “Prohibición de Hume”, cuyo autor (David Hume) nos advierte acerca de confundir los planos del “ser” y del “deber ser”: “*In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. **For as this ought, or ought not,***

FRIEDMAN es consecuente con esta premisa, pues para él la utilización de los modelos económicos irreales se justifica en cuanto permitan predicciones adecuadas. O sea, se mueve dentro de la *justificación positivista* de los modelos irreales.

Así, señala: “Visto como un cuerpo de hipótesis sustantivas, la teoría debe ser juzgada por su poder predictivo para la clase de fenómenos que se intenta “explicar”. Sólo una evidencia de hecho puede mostrar si es “acertada” o “equivocada”, o mejor, si debe ser “aceptada” como “válida” o debe ser “rechazada”. Como expondré más detalladamente luego, la única prueba relevante de la validez de una hipótesis es la comparación de sus predicciones con la experiencia. La hipótesis se rechaza si sus predicciones son contradichas (“frecuentemente” o más a menudo que las predicciones de una hipótesis alternativa); se acepta si sus predicciones no son contradichas; se le concede mayor confianza si ha superado la contradicción en muchas ocasiones. La evidencia de hecho nunca puede “probar” una hipótesis; únicamente puede evitar el que sea rechazada, que es lo que en general expresamos cuando decimos, algo inexactamente, que la hipótesis ha sido “confirmada” por la experiencia”⁴⁰

En cambio, en el campo del Derecho de la Libre Competencia, la noción de competencia perfecta no sólo se utiliza para predecir sino fundamentalmente para servir como ideal de bienestar a partir del cual pueden derivarse prescripciones normativas relacionadas con el “deber ser”. Cuando las condiciones del mercado real difieran con las condiciones del mercado perfectamente competitivo, entonces existirían motivos para preocuparse y corregir dicha falla. Como puede verse, a pesar de su irrealismo, el modelo es utilizado dentro de un contexto normativo, o de “deber ser”.

expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it Ver: HUME, David. *A Treatise of Human Nature* (1939-1940). Dover Publications, Inc. Nueva York, 2004. Pág. 334 (Negritas agregadas). En el mismo sentido, Auguste COMTE hablaba del positivismo como una filosofía que excluía los juicios de valor y los postulados normativos.

⁴⁰ FRIEDMAN, M. *The Methodology of Positive Economics*. Op. Cit. *Ibidem*. Pág. 05.

3.2. Defensa del irrealismo.

Lo primero que hay que resaltar en este contexto es que ambas justificaciones –la positiva y la normativa- restan importancia al *realismo* dentro de la construcción de la teoría social, en especial, al momento de formular qué es la competencia. El realismo de la ciencia pasa a un segundo plano para someterse a los objetivos pragmáticos de predicción y de diagnóstico.

En palabras de HOVENKAMP: “*La construcción de modelos es común en la ciencia, y en todos los casos el modelo es una abstracción basada en asunciones simplificadoras de la realidad. [...]*

El valor de cualquier modelo no radica en su absoluta fidelidad de cada uno de sus elementos a los fenómenos del mundo real, sino en la capacidad del modelo de efectuar predicciones útiles y –más importante- su capacidad para proveernos de criterios verbales significativos para nuestras observaciones. En general, el análisis Antitrust se ha limitado a utilizar modelos generalmente aceptados como buenas (aunque no perfectas) herramientas explicativas”⁴¹

Vale mencionar aquí que usualmente la cuestión metodológica no es materia de amplio debate, ya que los economistas dan por sentada la validez de la modelización en tanto ésta sea útil. Y es que en el fondo, esta posición no concibe teoría o abstracción que no sea irreal. HOVENKAMP, por ejemplo, señala que así como en el mundo real no existen mercados perfectamente competitivos, tampoco existen triángulos perfectamente equiláteros. De ello, el autor pretende deducir que si en geometría se estudian triángulos perfectamente equiláteros –entiéndase irreales- entonces no debería haber problema alguno con el estudio de mercados perfectamente competitivos al abordar las ciencias sociales. Ya generalizando, para estos economistas no debería existir problema alguno en la modelización a partir de supuestos falsos:

⁴¹ HOVENKAMP, Herbert. *Op. Cit.* Pág. 38-39.

“Vemos que las hipótesis verdaderamente importantes y significativas poseen “supuestos” que son descripciones tremendamente inadecuadas de la realidad y, en general, puede afirmarse que cuanto más significativa es la teoría, más irreales serán sus supuestos (en este sentido). La razón es sencilla. Una hipótesis es importante si “explica” mucho con poco, esto es, si abstrae los elementos comunes y cruciales de la masa de circunstancias complejas y detalladas que rodean al fenómeno que va a explicarse y permite predicciones válidas sobre la base de ellos. Por tanto, para ser importante, una hipótesis debe poseer supuestos descriptivamente falsos, no toma en cuenta la mayor parte de las otras circunstancias reales, puesto que éxito demuestra su irrelevancia para explicar el fenómeno bajo estudio.

Para decirlo menos paradójicamente, el problema esencial en torno a los “supuestos” de una teoría no es si son descriptivamente “realistas” (porque nunca lo son), sino, si constituyen aproximaciones suficientemente buenas para resolver el problema entre manos. Y esta pregunta sólo puede ser respondida verificando si la teoría funciona, es decir, si provee de predicciones suficientemente adecuadas”⁴².

Sintetizando la cita, FRIEDMAN afirma que toda teoría es irrealista, de modo que lo importante al construir modelos consistiría en saber recoger los elementos más relevantes de la compleja masa de elementos que conforman el fenómeno a estudiar, los cuales nos permitan efectuar predicciones válidas.

Ahora bien, este razonamiento es erróneo al menos en dos niveles⁴³:

(i) El primero de ellos es que al modelizar la competencia perfecta y otros escenarios de equilibrio, *no es verdad* que se recojan los elementos más cruciales (en estricto deberíamos hablar de “elementos más característicos”) del fenómeno a estudiar, sino que deliberadamente

⁴² FRIEDMAN, M. *The Methodology of Positive Economics*. Op. Cit. *Ibidem*. Pág. 08-09.

⁴³ Sobre estas observaciones, nos remitimos a: LONG, Roderick T. *Realism and Abstraction in Economics. Aristotle and Mises versus Friedman*. Paper work, disponible en: <http://mises.org/journals/scholar/long3.pdf>

se le atribuyen a éste condiciones contrarias a sus evidentes características.

Veamos. Si se quiere entender la competencia como fenómeno social, resulta inverosímil que un escenario estático de equilibrio donde todas las empresas venden lo mismo al mismo precio sea un elemento característico de la competencia, máxime cuando lo más saltante de ésta consiste en que las empresas, gracias a la innata creatividad y capacidad de aprender de los individuos que las integran, innovan constantemente precios, productos, calidad, métodos de distribución y comercialización, paquetes, etc. dentro de un proceso incierto que permanece dinámico.

Estos modelos tampoco explican cómo así en última instancia las empresas aprenden a servir y beneficiar a los consumidores. Dado que en los modelos económicos todos los juicios empresariales son correctos, ignoran deliberadamente el complejo mecanismo de ganancias y pérdidas por el cual los juicios y estimaciones empresariales correctos son recompensados con beneficios puros y aquéllos incorrectos son penalizados con pérdidas.

Esta observación nos revela que el elemento más importante, aquél que justifica la existencia del proceso competitivo -la incertidumbre de mercado- también está negada. Tal como ha puesto de manifiesto HAYEK en un clásico artículo, ya sea en los deportes, en los exámenes, en la adjudicación de contratos gubernamentales o en los premios, sería inútil organizar una competencia si supiéramos de antemano quién sería el ganador o cuales serían las estrategias y acciones concretas que llevaría a cabo para ganar. Análogamente, los resultados de la competencia económica son incognoscibles *ex ante*, imprevisibles y diferentes, en general, de aquéllos que alguien pudiera haber perseguido deliberadamente; vale decir, que en vez de ser un estado de cosas, la competencia es un flujo descentralizado de descubrimientos

empresariales que tienden a coordinar la sociedad⁴⁴. Lo que existe en los mercados es una inerradicable incertidumbre que va siendo afrontada mediante un constante proceso de ensayo y error empujado por los empresarios, el mismo que se materializa mediante el mecanismo de ganancias y pérdidas al cual hemos hecho referencia. *En concreto, los empresarios tienen el rol de concebir y producir bienes en una cantidad, con ciertas características y asumiendo unos costos sobre los que los consumidores aún no han demostrado sus preferencias.* He allí el importante papel de la competencia económica.

En ese sentido, ARMENTANO: “[E]l problema económico reside en explicar cómo funciona el proceso competitivo de descubrimiento y ajuste para coordinar la demanda anticipada con la oferta en un mundo de información imperfecta. Por lo tanto, excluir de los análisis las expectativas disímiles y el cambio dinámico es ignorar todos los problemas reales asociados a la competencia y el proceso de asignación de recursos”⁴⁵.

Este complejo pero vital proceso es abiertamente ignorado en los modelos económicos, en especial, en el modelo de la competencia perfecta, de modo que resulta insostenible alegar que éstos “*abstra[igan] los elementos comunes y cruciales de la masa de circunstancias complejas y detalladas que rodean al fenómeno que va a explicarse*”.

(ii) El segundo nivel de error en la defensa del irrealismo de FRIEDMAN es que éste asume que toda teoría debe ser irrealista. Esto no es correcto, ya que existe una gran diferencia entre “*simplificar*” –método que no falsifica la realidad- e “*imputar condiciones falsas*” –método que por definición sí falsifica la realidad; diferencia que abordaremos a continuación.

⁴⁴ HAYEK, Friedrich A. *La competencia como proceso de descubrimiento* (1968). En: Revista de Estudios Públicos No. 50, 1993.

⁴⁵ ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust. The Case for Repeal*. 2da. Edición. The Ludwig von Mises Institute. Pág. 33.

Simplificar significa tomar ciertos elementos de la realidad a efectos del análisis, *sin tomar en cuenta otros*. Así por ejemplo, la oración “*Mi perro es un pastor alemán*” es una simplificación realista porque de todas las características que mi perro pueda tener, he resaltado una de ellas –la raza- sin mencionar las demás. Igualmente, indicar que “*la competencia tiende a la reducción de precios*”, que “*el ser humano persigue fines valiosos para él*” o que “*el intercambio implica valoraciones opuestas sobre el bien transado*” son simplificaciones realistas, pues son afirmaciones verdaderas sin perjuicio de las demás características de la competencia, del ser humano o del intercambio.

Al contrario, la abstracción irrealista imputa condiciones irreales a los fenómenos analizados. “*Mi perro es un pastor alemán y no tiene cuerpo*”, “*la competencia implica que todas las empresas tengan la misma función de oferta y que el precio sea igual al costo marginal*”, “*en competencia todos tienen conocimiento perfecto y no hay error*”, “*todos los seres humanos actúan racionalmente* (entendiendo por racionalidad la completitud, la transitividad y la reflexividad)” son *abstracciones irrealistas* porque no es cierto que mi perro carezca de cuerpo, así como no es cierto que todas las empresas tengan la misma función de oferta, ni que en competencia los agentes tengan conocimiento perfecto y que no exista el error empresarial, ni que los seres humanos actúen racionalmente en el sentido neoclásico. *Todas estas características irreales introducidas en los conceptos tienen gran importancia porque originan que estos conceptos no puedan ser aplicados a la realidad.* Peor aún, las características irreales imputadas a la competencia la desnaturalizan y la imposibilitan por completo: ¿cómo sería posible la competencia si todos tuvieran información perfecta, todas las empresas tuvieran las mismas curvas de costos, nunca se equivocaran y por definición no puedan innovar (crear nueva información)? ¿Cómo se explicaría en un contexto como éste el mecanismo de ganancias y pérdidas cuyo rol es justamente discriminar las buenas y eficientes decisiones, de las malas e ineficientes?

Sobre la diferencia entre *simplificar* y *falsificar*, el profesor Roderick LONG explica que Aristóteles vio un problema en las abstracciones que parecían no aplicarse estrictamente a la realidad. Por ejemplo, se suponía que un *concepto de caballo* -una abstracción- debería aplicarse a todos los caballos, de cualquier color. Pero obviamente eso no sería posible si nuestro *concepto de caballo* incluyera un color determinado (V.g. si nuestro concepto fuera un *caballo marrón*, entonces no podría aplicarse a un caballo negro). Ergo, a fin de que nuestro *concepto de caballo* se aplique a todos los caballos, el concepto no debe tener color alguno: incoloro. Pero en ese caso el concepto tampoco podría aplicarse estrictamente a la realidad, pues los caballos reales sí tienen colores. Entonces, o el *concepto de caballo* de alguna manera falsifica la realidad y es inaplicable a ella, o su referente no es un caballo físico sino una trascendente e inmaterial Forma de Caballo –tal como Platón sostenía- que carece de un color determinado, y de la cual nuestro caballo reales son un imperfecto reflejo⁴⁶.

La competencia perfecta y la modelización de equilibrios en general corresponden a este último tipo de abstracción: trascendente, inmaterial, platónica, idealista y fundamentalmente irrealista de la competencia real y mundana. Bajo este marco filosófico, ésta última sería un reflejo imperfecto del *concepto ideal/platónico de competencia*. En los modelos de equilibrio –no sólo en la competencia perfecta- por lo general se asume que tenemos toda la información necesaria sobre fines y medios en forma de datos que nos permiten resolver la situación, ajustarnos y alcanzar el equilibrio. Y se colige, por tanto, que los empresarios no son creativos, que no pueden romper ese esquema predeterminado de la estructura productiva. Pero es necesario reiterar, por un lado, que lo que justifica la existencia del proceso competitivo es precisamente nuestra ignorancia acerca de las valoraciones, las preferencias de los consumidores y su intensidad, los bienes deseados, las mejores técnicas de distribución y comercialización, el tamaño de la unidad productiva, la

⁴⁶ LONG, Roderick T. *Realism and Abstraction in Economics....Op. cit.* Pág. 03

cantidad a producir, etc. Y por otro lado, que lo que mueve ese proceso competitivo es la creatividad humana, nuestra *capacidad para modificar la información disponible*. Ergo, cualquier *noción de competencia* o cualquier modelo que dé por sentada información *dada, perfecta, completa y estática* es sustancialmente inaplicable para cualquier análisis de la realidad. Estaríamos ante una mera construcción teórica idealista sin referencia con el mundo actual.

En contraste a esta abstracción idealista, Aristóteles reconstruyó el concepto de abstracción como un problema de enfocarse en ciertos aspectos del fenómeno e ignorar otros. En el caso del caballo, atendemos las características que el caballo real comparte con otros caballos reales, ignorando las características distintivas de cada caballo real, tales como su particular color. No es un *concepto de caballo incoloro, abstracción precisiva* porque *precisa* la inexistencia del color, evidentemente irreal y sin aplicación directa a la realidad; sino un *concepto de caballo sin un color determinado, abstracción no precisiva* pues no niega las demás características del caballo sino que simplemente las ignora-, que NO falsifica la realidad y puede aplicarse directamente a ella.

En ese sentido, las *abstracciones no precisivas* tienen el mismo estatus que la afirmación " $x + x = 2x$ ", la cual es verdadera y tampoco falsifica la realidad pues en ella se resalta la operación de los coeficientes de x , para cualquier valor de x , i.e. sin precisar x . Igual argumento opera para reivindicar el negado realismo de la geometría, pues sus objetos de estudio son muy reales: "*El concepto de línea puede aplicarse a la realidad, no porque la realidad contenga objetos con longitud pero sin ancho ni profundidad, sino porque la realidad contiene objetos cuya longitud puede considerarse en una abstracción no precisiva de ancho o profundidad. En el mismo sentido, el concepto de punto puede aplicarse a la realidad, no porque la realidad contenga objetos con ubicación pero sin magnitud [...] sino porque la realidad contiene objetos cuya ubicación*

*puede considerarse en una abstracción no precisiva distinta de su magnitud*⁴⁷.

Resumiendo, no es verdad que –como FRIEDMAN sostenía- toda teoría deba ser descriptivamente falsa e irreal en sus supuestos. Tal afirmación ignora la distinción que hemos efectuado entre abstracciones precisivas y no precisivas. Si los teóricos de la competencia perfecta hubieran tenido esta diferencia en cuenta, bien podrían haber destacado las características más cruciales y las tendencias del proceso competitivo desde un punto de vista realista, sin caer en la abstracción platónica o *precisiva* de imputar falsas condiciones que terminan por hacer inaplicable su teoría a la realidad.

3.3. Predicción en tela de juicio. Crítica del positivismo y empirismo en las ciencias sociales.

Desacreditada la alegada necesidad del irrealismo para construir una teoría positiva de la competencia, pasemos a verificar si la obtención de predicciones adecuadas constituye un buen sustituto para la validez explicativa de la teoría.

Empecemos con la siguiente provocadora cita de WINCH, sobre la diferencia entre entender un idioma y predecir las palabras que se pronunciarán sobre la base de la estadística: “*¿Bajo qué circunstancias podemos decir que hemos entendido este tipo de conducta? ... Weber usualmente habla como si el método concluyente para responder esta pregunta fuera nuestra capacidad de formular leyes estadísticas que nos permitan predecir con razonable precisión lo que la gente hará en determinadas circunstancias... [Sin embargo,] bien podríamos efectuar predicciones con gran precisión y seguir sin poder entender realmente lo que esa gente está haciendo. La diferencia es precisamente análoga a aquélla entre ser capaces de formular leyes estadísticas sobre la ocurrencia de palabras en un lenguaje y poder entender lo que las personas están diciendo en ese lenguaje... [Un] hombre que entiende chino no es un*

⁴⁷ LONG. *Op. Cit.* Pág. 10.

*hombre que tenga un firme percepción de las probabilidades estadísticas para la ocurrencia de varias palabras en la lengua china*⁴⁸

Como ya hemos podido apreciar, la posición metodológica de FRIEDMAN consiste en que en economía toda hipótesis es válida con tal que nos permita predecir pragmáticamente. No importa si no llegamos a explicar los fenómenos en un sentido realista, lo que importa es la utilidad práctica que nos derivan.

Ya hemos mencionado que la metodología de las ciencias sociales no es un tema que preocupe mucho a los economistas neoclásicos. En su mayoría, comparten la posición de FRIEDMAN, en la que la predicción empírica se alza como criterio de validación de las teorías sociales. Ahora bien, esta posición es típica expresión de la aplicación del *positivismo-empirismo* a las ciencias sociales, por lo que, siendo ello así, nos avocaremos a describir esta postura epistemológica y a demostrar por qué la versión *positivista-empirista* de FRIEDMAN no resulta aplicable en la construcción de las bases de la teoría social ni en la explicación del fenómeno de la competencia económica.

Como premisa, entendemos por epistemología la ciencia que estudia cómo se obtiene y cómo se valida el conocimiento científico. Para el caso de las ciencias sociales y la economía, la epistemología estudia cómo se obtienen y se validan las teorías sociales y económicas.

Los notables logros de las ciencias naturales dieron pie al nacimiento del positivismo a inicios del s. XIX como la generalización de los métodos de éstas hacia toda ciencia. Si bien no siempre practica lo que predica, el positivismo sostiene fundamentalmente que la sociedad y la naturaleza están regidas ambas por leyes objetivas inmutables y que, en consecuencia, el método de estudio de las ciencias sociales no podría diferir del de las ciencias naturales; i.e. que todo razonamiento debería basarse en los hechos observados buscando establecer cadenas causales entre ellos y explicarlos. Recordemos

⁴⁸ WINCH, Peter. Citado por LONG. *Op. Cit.* Pág. 02.

que bajo este razonamiento, COMTE inició la sociología como “*física social*”, denigrando a la psicología y a la economía como “*metafísica*”.

MISES notó que en la base de las variantes del positivismo -*panfiscalismo* y *behaviorismo*- se concibe al hombre como parte del universo, como un elemento más que se ajusta a las condiciones o estímulos que recibe, sin reconocerle conciencia, creatividad o teleología a sus acciones, de tal forma que la ciencia podría ocuparse del hombre de la misma manera que puede ocuparse del cobre. Así, los positivistas apuestan por un *monismo metodológico*, vale decir, defienden la idea de que las ciencias naturales y las ciencias sociales deben estudiarse bajo un mismo método de investigación: *la inducción*. Este método estaría dividido en tres etapas: la observación, la experimentación -como la observación del fenómeno que ha sufrido modificaciones por el científico- y la comparación de hechos análogos. *Con las leyes de la sociedad como objetivo primordial, realmente no era importante conocer las esencias o la lógica de los fenómenos sociales. Elaborada la hipótesis en este campo, el siguiente paso era la experimentación.*

Es aquí donde cobra importancia la influencia del empirismo dentro del método positivista pues para esta corriente la *única* manera de validar cualquier hipótesis -natural o social- consistiría en someterla a la experiencia empírica. Esto sería así porque de acuerdo a los positivistas-empiristas, todo conocimiento acerca de la realidad debe ser verificable o falsificable por la observación empírica, o lo que es lo mismo, *todo conocimiento válido acerca de la realidad debería provenir siempre de la experiencia sensorial*. Negaban y niegan hasta hoy, por tanto, la existencia de conocimiento *sintético* (sobre la realidad) que pueda ser conocido *a priori* (independiente de la experiencia)⁴⁹.

⁴⁹ Hasta antes de la irrupción de Emmanuel Kant en la filosofía de la ciencia, se entendía que los juicios podían ser:

a) Bajo el criterio del contenido del juicio: *analíticos* (juicios en los que el predicado está contenido en el sujeto, V.g. tautologías o definiciones) o *sintéticos* (juicios que nos proveen de información nueva sobre la realidad, V.g. Hoy es martes): y

b) Bajo el criterio de la obtención del conocimiento: *a priori* (si el conocimiento es independiente de la experiencia, V.g. A es A) o *a posteriori* (Si el conocimiento proviene de la experiencia, V.g. El lapicero es azul).

Y además, se daba por sentado que todos los juicios *sintéticos* eran necesariamente *a posteriori*, así como que todos los juicios *analíticos* eran necesariamente *a priori*. Con ello se

Dicho esto, pasamos a explicar la importancia crucial de la *predicción* como criterio de validez –o adopción temporal, dependiendo del enfoque- de las teorías sociales en la metodología positivista-empirista: Supongamos que debemos explicar el fenómeno F, pero éste ya sucedió. Lo primero que deberíamos hacer es encontrar los eventos precedentes a F que podrían ser considerados como causas. Podríamos incluso tomar cualquiera de las variables e intentar armar diferentes relaciones funcionales que se ajusten a los datos que tenemos. Luego, ¿Cómo sabemos cuál de estas diversas relaciones es la causa efectiva del fenómeno F? Recordemos que para el empirismo no hay consideraciones *a priori*, es decir, cualquier respuesta tentativa sería necesariamente una “hipótesis” y debería poder ser demostrada empíricamente. El problema está en que el fenómeno F ya aconteció, por lo que sería imposible experimentar con él.

La solución positivista-empirista consiste entonces en testear nuestra hipótesis (cualquier relación funcional que hayamos encontrado) en fenómenos que pertenezcan a la misma clase que F –por ejemplo, F₁- y que estén por acontecer. Se usa entonces la predicción para descubrir cuál de estas posibles causas es la causa efectiva. Si la relación funcional R fue la causa del fenómeno F entonces podremos predecir cuáles serán los resultados de la manipulación de R en el fenómeno F₁. Si nuestra predicción falla, podremos descartar la hipótesis (definida por la relación funcional R) y experimentaremos con otra –digamos, R₁- y así sucesivamente. Evidentemente, tampoco es deseable desterrar una hipótesis a la primera predicción inadecuada. Es posible reformularla y testearla nuevamente hasta que estemos seguros que la

quería decir que todo conocimiento que no sea tautológico debía provenir de la observación empírica.

Kant sostuvo que podían existir los juicios *sintéticos a priori* en la física, conceptos fundamentales de la geometría, las matemáticas, así como en la metafísica de las costumbres (imperativos categóricos). Para Kant, los empiristas no habían logrado demostrar que la experiencia suministra también los modos y medios con los cuales es organizado el material empírico. Sostuvo entonces que existe un conjunto de conocimientos *a priori*, como nuestras intuiciones de tiempo y espacio, así como una serie de categorías como la unidad, realidad, causalidad, necesidad, etc., que convertiría la desordenada multiplicidad de sensaciones e impresiones en una comprensiva organización de éstas. Ver: KANT, Emmanuel. *Crítica de la Razón Pura* [1781]. Trad. Pedro Ribas. Santillana Ediciones Generales. México, 2006.

Con posterioridad, Ludwig von Mises retomó esta categoría de *juicios sintéticos a priori* para sostener que la ciencia económica se construye a partir de proposiciones *sintéticas a priori*.

hipótesis es errada. En esta línea, el falsacionismo de Karl Popper sostenía que el conocimiento científico no avanza confirmando nuevas leyes, sino descartando leyes que contradicen la experiencia. Así, si no es posible refutar una teoría en la experiencia, ésta queda corroborada y puede ser aceptada provisionalmente, pero nunca verificada. Ahora bien, esta postura de Popper, más que un rompimiento con el positivismo-empirismo, es una variante del mismo, contrariamente a lo que el mismo Popper creía⁵⁰. *Pero al margen de la variante del positivismo que se adopte, lo cierto es que para esta filosofía, la predicción se constituye en el filtro que permite eliminar las hipótesis erradas y descubrir aquéllas más adecuadas para explicar el fenómeno F y los demás fenómenos de su clase: F₁, F₂, F₃, etc.*

Esta posición epistemológica permite a FRIEDMAN desterrar el realismo y la explicación científica a un segundo plano para sustituirlos por el pragmático criterio de la “*capacidad para efectuar predicciones precisas*”, aceptando así a la competencia perfecta y demás modelos como teorías suficientemente válidas para analizar la realidad⁵¹. Pero esta postura positivista-empirista para el estudio de las ciencias sociales es errada, tal como veremos a continuación.

3.4. Crítica del empirismo.

El empirismo que sostiene la predicción como criterio de validez de las teorías sociales es una postura, por lo menos, contradictoria:

La proposición básica del empirismo puede resumirse en: “Todo conocimiento sobre la realidad debe ser verificable o falsificable por la experiencia (es *empírico*), mientras que el conocimiento *analítico* -que no es verificable o falsificable- no puede contener conocimiento de la realidad”. Si esto es cierto,

⁵⁰ LONG, Roderick. *Apriorism and Positivism in the Social Sciences*. Clase Magistral dictada en el Ludwig von Mises Institute (Auburn, AL) el 01 de agosto de 2009.

⁵¹ Esta posición epistemológica puede remontarse en extremo al inglés John Herschel: “*Herschel insistió en que el método para formular una hipótesis o teoría no tiene absolutamente nada que ver con su mayor o menor aceptación: una inducción cuidadosa, precisa y sistemática, puede tener el mismo valor que una adivinanza momentánea, [...] si sus predicciones deductivas se cumplen en la realidad*”. PÉREZ TAMAYO, Ruy. *¿Existe el método científico? Historia y realidad*. Fondo de Cultura Económica. México, 2003. Pág. 115-116.

luego es justo preguntar: ¿Cuál es el estatus de esta proposición fundamental? ¿Es analítica o es empírica?⁵²

Supongamos que es analítica. No nos podría decir nada acerca de la realidad. Pero eso no es cierto porque sí nos informa de la estructura fundamental de la realidad: nos dice que nada puede conocerse sobre la realidad antes que la experiencia confirme o refute nuestra hipótesis. Además, si esta proposición fuera analítica, su validez sería comprobable por medio de la lógica formal, del solo análisis de sus términos, lo cual no sucede en este caso.

Supongamos ahora que la proposición en cuestión es empírica. Pero entonces tendríamos que aceptar que se trata de una proposición hipotética y no podría ser la base de la epistemología. Adicionalmente, si fuera empírica, provendría de la observación y únicamente haría referencia a hechos históricos, pasados, sin poder extrapolarse como una proposición general aplicable a todo conocimiento de la realidad.

Entonces, si no es analítica ni empírica, ¿qué es? *Resulta que es una proposición sobre la estructura de la realidad y el conocimiento humano –es decir, no es una tautología ni una mera definición, sino que es una proposición sintética- y que no proviene de la experiencia, léase, a priori.* Pues bien, la sola existencia de este tipo de proposición contradice el contenido de la proposición central del empirismo, vale decir, que esta proposición es contradictoria.

Sin perjuicio de ello, el método positivista-empirista también asume tácitamente como ciertas una serie de otras condiciones *a priori* –es decir, no verificables por la experiencia- que socavan aún más la validez de este método y la de sus resultados.

HOPPE explica una de estas condiciones en los siguientes términos: “¿Cuál es la presuposición que debe hacerse para estar en condiciones de decir que una segunda experiencia confirma o refuta la primera? Pareciera que si en la

⁵² La argumentación que sigue es de HOPPE. Ver: HOPPE, Hans Hermann. *Economic Science and the Austrian Method*. The Ludwig von Mises Institute. Auburn, AL, 2007. Capítulo II.

segunda experiencia observáramos una repetición de los resultados de la primera experiencia, entonces estaríamos ante una confirmación, y si no, ante una falsificación. Claramente, la metodología positivista asume que esto es obvio. Pero no lo es. La experiencia sólo revela que dos o más observaciones distintas en el tiempo sobre dos o más tipos de eventos pueden configurar “neutralmente” una “repetición” o una “no repetición”. Una repetición neutral sólo se vuelve una confirmación “positiva” y una no-repetición sólo se vuelve una falsificación “negativa” si asumimos que existen causas constantes que operan invariablemente en el tiempo, independientemente de los resultados concretos de la experiencia”⁵³.

Esto es, si no asumiéramos *previamente* la existencia de estas causas constantes que operan invariablemente en el tiempo, las repeticiones o no-repeticiones que pudiéramos obtener de la experiencia permanecerían sin conexión lógica alguna, completamente independientes, y no nos permitirían hablar de “confirmaciones” o “falsificaciones”. Y lo más importante: que esta presuposición a toda experimentación es un conocimiento no hipotético, no verificable en la experiencia, *a priori*.

Asimismo, la noción de *causalidad*, por la cual pensamos que todo fenómeno ha sido causado por algo y actuamos consecuentemente para descubrir qué es ese algo, también es una categoría *a priori*. La razón es que no tenemos una *impresión* (recepción sensoria) de la relación causal. La experiencia sólo nos puede decir que el hecho A precedió al hecho B en el tiempo, que A es igual o no a B, que A está por encima de B, etc.; pero no que A *causa* a B. Este problema fue avizorado por Hume en su momento, quien a pesar de su empirismo no pudo aceptar que la causalidad provenga de la experiencia. Posteriormente, Kant quiso darle solución a este problema respondiendo a Hume que el principio de la causalidad no debía buscarse por inducción a través de las observaciones individuales por la sencilla razón de que no está ahí, sino que es una categoría *a priori*, una condición necesaria de la

⁵³ Traducción libre. Párrafo original en: HOPPE, Hans Hermann. *The Economics and Ethics of Private Property. Studies in Political Economy and Philosophy*. 2da. Edición. The Ludwig von Mises Institute. Auburn, AL 2006. Pág. 364.

experiencia localizada en el aparato mental del observador humano, que es totalmente incapaz de concebir fenómenos que actúen fuera de este principio⁵⁴. Estemos o no de acuerdo con Kant, es claro que la noción de causalidad no proviene de la experiencia directa ni puede validarse por ella.

En el mismo sentido, el método positivista-empirista presupone que el científico observador tiene la capacidad para crear hipótesis, experimentar con ellas, asimilar los resultados de los experimentos y reemplazar viejas hipótesis por nuevas. En suma, el método positivista-empirista presupone *a priori* que el hombre es *capaz de aprender*⁵⁵. Saber, previamente a la observación, que somos capaces de aprender es un conocimiento *no hipotético*, sino *necesario*. No puede verificarse empíricamente; al contrario, es una condición *a priori* del propio método positivista-empirista.

Y así, el positivismo-empirismo en sí presupone una serie de condiciones que contradicen su proposición fundamental: que todo conocimiento sobre el mundo real es necesariamente empírico (*a posteriori*) y que, por ende, el método universal -tanto para las ciencias naturales como para las ciencias sociales- es la inducción. Es, pues, una filosofía sustancialmente contradictoria. Existen por cierto muchas más categorías y proposiciones *a priori* que -aunque muy limitadas, pues no nos permitirían conocer toda la realidad- constituyen nuestro aparato ordenador de experiencias sensorias y nos permiten aprender⁵⁶.

⁵⁴ PÉREZ TAMAYO, Ruy. *¿Existe el método científico? Historia y realidad*. Fondo de Cultura Económica. México, 2003. Pág. 110.

⁵⁵ HOPPE, Hans Hermann. *The Economics and Ethics of Private Property*. Op. cit. Pág. 366.

⁵⁶ El profesor argentino Gabriel Zanotti ilustra muy acertadamente la posición de Kant: "*Si no fuera por un ejemplo muy cotidiano, sería imposible que intentáramos resumir la teoría del conocimiento de Kant. Pero ese ejemplo cotidiano es la computadora. Uno no escribe en la pantalla una palabra y ésta aparece escrita sin ningún proceso en el medio. "Antes" (a priori) de que usted escriba, la computadora tiene un procesador que elabora los "datos" (input) que le vienen por el teclado, los re-organiza y los convierte en algo legible, entendible, (output) que es lo que usted lee en la pantalla. Quiere decir que cuando usted abre el Word, la pantalla está "en blanco", pero la computadora no.*

*De igual modo, dado el debate que Kant tiene con el racionalismo y el empirismo de su época, él considera que, antes de los datos que recibe de los sentidos, toda inteligencia humana [...] tiene una serie de "categorías ordenadoras" que le permiten ordenar la información sensible y convertirla en conocimiento. Por ende, todo conocimiento humano que diga algo sobre el "mundo externo" implica la conjunción de esas categorías a priori más los datos de la sensibilidad". Ver: ZANOTTI, Gabriel. *Crisis de la razón y crisis de la democracia*. Serie Documentos de Trabajo. Universidad del CEMA. Buenos Aires, 2008. Pág. 14.*

¿Qué nos indican estas reflexiones? *Que contrariamente a lo sostenido por los positivistas-empiristas, el investigador social no está resignado enteramente a conocimientos hipotéticos ni a la utilización de la predicción como criterio de validez de los conocimientos científicos; en una frase: que no está sometido sin remedio a la experiencia y a la predicción.* Lo que hemos querido ilustrar es que sí existe conocimiento valioso y válido sobre la realidad individual y social que no puede ser verificado por la experiencia y que, por ende, no requiere ser empíricamente testado. En suma, no todo conocimiento puede verificarse mediante el uso de la predicción, y menos aún –como veremos más adelante– gran parte del conocimiento en la ciencia económica.

3.5. Dualismo metodológico y praxeología.

El *monismo metodológico* propugnado por el positivismo tampoco está libre de críticas.

Las ciencias naturales estudian el mundo externo a la mente, externo al hombre y a sus relaciones espirituales. Sí pertenecemos a este mundo externo *qua* seres vivos, *qua* animales, *qua* materia, *qua* cuerpos sólidos, *qua* bloques de moléculas, etc.; pero no *qua* humanos que actúan e interactúan. Este último ámbito está reservado para las ciencias sociales. Podríamos decir incluso que los hechos en las ciencias naturales son observaciones “desde afuera”, mientras que los hechos en las ciencias sociales son observaciones “desde adentro”. Esta gran diferencia genera que la manera cómo obtenemos y validamos el conocimiento de aquél mundo externo y la manera cómo obtenemos y validamos conocimiento del mundo social en el que nos desenvolvemos difieran.

En las ciencias naturales, no conocemos los efectos de mezclar los elementos A y B sino hasta que probamos. El mundo externo nos es desconocido y sólo podemos acceder a él mediante la experiencia, sin perjuicio de contar con nuestro aparato mental que ha desarrollado intuiciones y categorías para ordenar las impresiones que obtengamos. Podemos hacer una predicción, pero

ésta será solo hipotética, cuya validez provisional será sometida al rigor de la experiencia. Lo que podemos observar es que este mundo externo está regido por regularidades determinadas o causas determinadas antes que por la voluntad de alguien⁵⁷ y, en ese sentido, nuestras investigaciones y experimentos están orientados a descubrir cuáles son esas regularidades y causas. Vemos así que en el campo de las ciencias naturales no tenemos más remedio que aceptar parcialmente la metodología positivista-empirista, aunque sepamos que para la validez de sus resultados tenemos que dar por sentado una serie de proposiciones empíricamente no testeables.

El proceso de descubrimiento y validación de conocimientos en las ciencias sociales es diferente. Los fenómenos que conforman su objeto de estudio son el ser humano *qua actor* así como los fenómenos originados de la compleja red de interacciones intersubjetivas que conforman la sociedad. Evidentemente, comparada con la situación del investigador de la naturaleza, la del investigador social es más ventajosa puesto que él mismo y su actividad de investigación forman parte de la sociedad –de su objeto de estudio- y por ende está en capacidad de observar y analizar los fenómenos estudiados “desde adentro”. El investigador puede conocer algunos aspectos íntimos de su propia naturaleza y de su actividad académica mediante la reflexión y la introspección, y así puede acceder a conocimientos fundamentales sin recurrir a la experiencia sensorial externa (predicción) como método de validación. Estas categorías pueden desarrollarse deductivamente a fin de formar un sistema teórico básico para analizar la sociedad.

Ergo, no es verdad que en las ciencias sociales el investigador esté a merced del mismo método de las ciencias sociales: observaciones empíricas y conclusiones meramente hipotéticas. Como noción fundamental, el investigador sabe que *puede actuar* y que tiene la *capacidad de aprender* (capacidad para llegar a conclusiones a partir de sus razonamientos y observaciones, crear hipótesis, reformularlas, etc.). *Y si sabe que como ser humano puede aprender, entonces sabe con certeza -y no hipotéticamente- que es imposible saber lo*

⁵⁷ Salvo que el movimiento de las aguas, las reacciones químicas, las propiedades físicas de los objetos se atribuyan explícita y directamente a la voluntad un Ser Superior.

que el mismo sabrá en el futuro ni cómo actuará basado en dicho conocimiento nuevo. Una persona no puede predecir su demanda por algún bien determinado de aquí a un año, así como Einstein no pudo predecir su teoría de la relatividad antes de haberla desarrollado. De ello se desprende fácilmente que cualquier investigación basada únicamente en experimentos y observaciones de los hechos sociales (acciones y relaciones humanas), incluida la obtención y manipulación de data histórica, estará referida única y exclusivamente a acciones de personas dentro de un contexto espacio-temporal determinado que contaban con un conocimiento determinado en dicho momento. Asimismo, considerando que las mismas personas pueden aprender, cambiar sus preferencias y tomar otras decisiones, nuestras investigaciones positivista-empiristas sobre cómo y por qué la gente se comportó de una manera no determina cómo esa misma gente actuará en el futuro. Este método se circunscribe a hechos pasados y concretos, y sólo nos es útil para hacer *historia social*, i.e. para reconstruir y plantear hipotéticas explicaciones sobre fenómenos sociales y hechos pasados, mas no para predecir. Por ello podemos sostener que la ciencia social de corte positivista-empirista confunde la investigación teórica y la investigación histórica⁵⁸.

Las acciones humanas no están gobernadas por causas operativas invariables en el tiempo. Es el conocimiento contextual, nuestra creatividad y nuestra capacidad de aprender lo que impulsa cada acción y genera los procesos sociales que luego son materia de estudio. La predicción social por ende, en el sentido de anunciar con el mismo detalle de las ciencias naturales el advenimiento inminente de un hecho social en el futuro, es imposible de alcanzar desde un punto de vista científico; y peor aún, carece de sentido si se

⁵⁸ “Notamos que de acuerdo al empirismo, no existe ninguna diferencia sustancial entre explicaciones históricas y teóricas. Cada explicación es del mismo tipo. A fin de explicar un fenómeno, se propone como hipótesis que otro fenómeno lo causa y luego se procede a verificar si la causa hipotética realmente precede en el tiempo a su efecto. Existe una distinción entre las explicaciones históricas y teóricas pero sólo debido a que las explicaciones históricas se refieren a hechos que ya acontecieron, que yacen en el pasado, mientras que las explicaciones teóricas serían explicaciones, o más bien predicciones, de un efecto que aún no ha ocurrido. Estructuralmente sin embargo, no existe diferencia entre tales explicaciones históricas y teóricas”. Ver: HOPPE, Hans H. *Economic Science and the Austrian Method*. Op. Cit. Capítulo II.

le erige como *criterio verificador* de teorías en el ámbito de las ciencias sociales, tal como sostenía FRIEDMAN.

Ahora bien, esto no impide afirmar que todas las acciones humanas sí están gobernadas por una *lógica* constante (no por causas constantes). Precisamente, dado que las ciencias sociales se caracterizan por estudiar al hombre *qua* actor -es decir, estudian la acción y las interacciones humanas- comparten una teoría general de la acción humana que les sirve de marco teórico, la misma que se conoce como *praxeología*⁵⁹. Esta teoría general no está constreñida a un espacio o tiempo determinados, pues únicamente se limita a describir y estudiar los elementos formales de toda acción humana, así como deducir algunos teoremas básicos para formar así un cuerpo teórico válido que posteriormente será utilizado como herramienta conceptual al momento de interpretar los hechos históricos y, eventualmente, hacer predicciones.

A diferencia de la predicción en las ciencias naturales, la predicción social no puede presuponer como norma general que las causas de los fenómenos que estudia sean constantes. La predicción de la acción y relaciones humanas se basa en la interpretación subjetiva de los hechos del pasado y del presente, y se proyecta especulativamente hacia el futuro. Es una tarea que le compete al empresario -arbitrario y subjetivo- mientras escapa a la objetividad del científico.

Cabe precisar que la praxeología sí nos ayuda a cerrar un rango de posibilidades sobre predicciones correctas, actuando como un límite lógico a nuestro quehacer predictivo. Pero no nos dice qué sucederá en el caso concreto. Por ejemplo, con la ayuda de ciertas hipótesis auxiliares, la praxeología nos permite deducir incuestionablemente el siguiente teorema: “Si la oferta de un medio de intercambio (dinero) se incrementa y si la demanda por ese medio se mantiene igual, entonces el poder adquisitivo de dicho medio

⁵⁹ El término “*praxeología*” fue acuñado en 1880 por Alfred Espinas y posteriormente, ampliamente utilizado y desarrollado por Ludwig von Mises. Ver. MISES, Ludwig von. *La Acción Humana. Tratado de Economía* [1949]. Union Editorial. Octava Edición. Madrid, 2007.

caerá”. Conocido el teorema, es posible que el analista perciba un incremento en la oferta del medio de intercambio y entonces procede a estimar el curso probable de la demanda por dinero en el período bajo consideración. Si, en base a dicho juicio, el analista decide que el cambio relativo de la demanda será insignificante (y para ello podrá utilizar diversas técnicas de estudios empíricos), entonces puede predecir que el poder adquisitivo del dinero declinará durante ese período. ¿Qué nos enseña esto? Que el teorema praxeológico –como herramienta conceptual- le ayudó a predecir en base a su interpretación de los hechos y proyección especulativa.

No obstante, si esta predicción falla, no es el teorema praxeológico lo que falló –pues ésta sólo es una herramienta conceptual- sino el juicio del analista sobre el comportamiento futuro de los elementos en el teorema praxeológico: V.g. su estimación sobre el curso de la demanda por dinero. Depende del historiador y del analista determinar en qué casos específicos se aplica el teorema⁶⁰.

Todo lo anterior pretende dejar sentado que el valor de la predicción en las ciencias sociales es muy pobre en dos sentidos: (i) que la predicción no puede alcanzarse de manera objetiva o científica, sino que irremediamente es la expresión de la interpretación subjetiva del analista acerca de los hechos pasados y sus expectativas acerca del futuro, y (ii) que la predicción no tiene importancia metodológica en las ciencias sociales, pues su capacidad de validación presupone erróneamente causas constantes en las acciones e interacciones humanas, ignorando el flujo (creación, transmisión y aprendizaje) de conocimiento inherente a éstas.

A diferencia del monismo, el dualismo metodológico sostiene que las ciencias sociales no están sometidas a la experimentación y a la predicción (como sí lo están las ciencias naturales), sino que existe otra manera de obtener y validar conocimientos científicos en ese ámbito. En concreto, que en las ciencias

⁶⁰ Muy esclarecedoras son las dos réplicas de ROTHBARD al profesor G.J. SCHULLER, quien había planteado ciertas críticas a la praxeología como método de la Economía. Los artículos de SCHULLER pueden encontrarse en *American Economic Review*, Volumen XL, N° 03, 1950; y en Volumen XLI, N° 01, 1951. Ver: ROTHBARD, Murray. *Mises Human Action: Comment*, (disponible en: <http://mises.org/rothbard/Misescomment.pdf>) y *Praxeology. A Reply to Mr. Schuller*, (disponible en: <http://mises.org/rothbard/schuller.pdf>).

sociales el conocimiento rector nos viene dado *a priori*. Y es que conocemos con certeza la proposición fundamental en que se apoya toda ciencia de la sociedad: *que el hombre actúa*. Es imposible saber esta aparente perogrullada a partir de la experiencia, pues lo único que podríamos aprehender mediante la observación serían movimientos físicos de seres humanos, mas de ellos no podríamos inducir que estos seres están “*actuando*”. Saber que el hombre actúa es conocer las implicancias y elementos de la acción humana y, de hecho, la ciencia económica -que es parte de las ciencias sociales- se funda y se desarrolla sobre la base a este axioma.

La acción es todo comportamiento deliberado, teleológico, orientado a alcanzar un fin. Es racional en cuanto el actor utiliza su razón para alcanzar el fin previsto. Esto –que parece tan básico- rompe con todo positivismo-empirismo, pues si el hombre actúa deliberadamente persiguiendo fines valiosos, entonces ya no puede ser estudiado como un mero perceptor de estímulos que pseudo-actúa mediante reflejos; i.e. “se ajusta” pasivamente en los modelos económicos. Sobre estos vanos intentos metodológicos MISES sostenía: “*Pero nada nos dice de los reflejos que han construido catedrales, ferrocarriles y fortalezas; de los instintos que han producido filosofías, poemas y sistemas jurídicos; de los automatismos que han producido el crecimiento y la decadencia de los imperios; de las reacciones inconscientes que llevan a la división del átomo*”⁶¹. Y continuaba diciendo que las supuestas reacciones no son automáticas sino que dependen totalmente de la interpretación y juicios de valor del individuo que trata de producir un estado de cosas al que aspira, o evitar un estado de cosas que prevalecería si él no interfiriera.

Los teoremas que se derivan de estas afirmaciones tampoco son hipotéticos ni pueden someterse válidamente al testeo empírico (pensar en ello sería como medir los lados de cada triángulo para probar el teorema de Pitágoras). Veamos un ejemplo: Cuando dos personas celebran un intercambio, ambas esperan ganar pues tienen órdenes de preferencia inversos con respecto a los bienes intercambiados. Esto se deriva de nuestro entendimiento de lo que es la

⁶¹ MISES, Ludwig von. *Teoría e Historia. Una interpretación de la evolución social y económica*. Traducción de Juan Marcos de la Fuente. Unión Editorial. Madrid, 2003. Pág. 264.

acción –teleológica- y el intercambio de bienes. Como corolario, tenemos que cuando el intercambio es forzoso, una parte gana a expensas de la otra. Ninguna de estas afirmaciones requiere experimentación ni predicción para sustentar su validez. Tampoco están relacionadas con la justicia o injusticia -el *deber ser*- de un intercambio en concreto. Se limita a establecer positivamente que, desde la perspectiva de cada actor, la celebración de un intercambio es más beneficiosa que su no celebración.

Así sucesivamente, es posible desarrollar rigurosamente la teoría general de la acción humana -y con ello, un aparato conceptual útil para interpretar los hechos sociales- sin permanecer a merced de la experimentación y de la predicción.

El proceso competitivo, en cuanto fenómeno social, también puede ser estudiado desde un punto de vista realista sobre la base de la praxeología y de algunas hipótesis adicionales, *sin recurrir a la predicción como criterio de validación*.

Recordemos que el método de algunos cultores de la doctrina neoclásica del Antitrust acepta sin problemas el irrealismo de las hipótesis y de las explicaciones (V.g. modelo de competencia perfecta), con tal que de ellas se deriven predicciones adecuadas. No obstante, el punto que pretendemos demostrar es que la predicción no es un buen mecanismo para el avance de la ciencia social, y menos aún es un adecuado criterio de validación para la ciencia, en desmedro del razonamiento realista y riguroso. A lo más, la predicción puede resultar “útil”. Pero la *utilidad* está relacionada con un beneficio pragmático, antes que con la capacidad explicativa de un argumento.

Esta crítica aplicada al fenómeno de la competencia, se sintetiza en lo expuesto por BENEGAS LYNCH: “*Circunscripta esta afirmación al proceso de competencia [de que las teorías no pueden ser verificadas empíricamente] debemos señalar por un lado, que no resulta posible verificar la hipótesis puesto que no hay conjetura respecto de los resultados de la competencia, ya que como queda dicho, este proceso descubrirá resultados que no se conocen*”

antes de que el proceso tenga lugar. Por otra parte, a diferencia de las ciencias naturales, en las ciencias sociales la predicción se refiere a patrones o tendencia (patterns) y no a sucesos singulares puesto que en ciencias sociales no hay regularidades ni constantes. En el caso de las ciencias sociales hay historia, y por tanto, se utiliza el método de la comprensión (Verstehen). En ciencias sociales hay acción, propósito deliberado y no reacción, regularidad y relaciones constantes como en ciencias naturales”⁶².

Por lo dicho, sigue sin justificarse la utilización del modelo de competencia perfecta y la modelización de otros equilibrios como explicaciones racionales del fenómeno social denominado proceso competitivo. Y peor aún, sigue sin tenerse un conocimiento realista y válido acerca de cómo funciona este proceso competitivo. Esto último es muy importante porque una mala teoría puede ocasionar terribles errores al detectar falsos problemas o dejar de advertir problemas verdaderos. REISMAN, comentando el uso de la competencia perfecta como paradigma ideal en el sistema Antitrust, señala: *“Este “concepto” divorciado de la realidad, este “ideal de perfección” platónico desarrollado desde la no-existencia como estándar para juzgar la existencia es una de las principales razones por las que empresarios han sido encarcelados, grandes corporaciones ha sido fragmentadas y otras impedidas de expandirse; y por las que el progreso económico ha sido retardado, así como el mejoramiento del bienestar material del hombre ha sido frenado significativamente. Este “concepto” es la base de las denuncias Antitrust, que han forzado a los empresarios a operar bajo condiciones que se acercan al reino del terror”⁶³.*

Pensemos por un instante en la ciencia médica. A efectos de detectar problemas de salud, los médicos deben previamente conocer de manera realista y científica cómo funciona el cuerpo humano. En esta tarea, deberán

⁶² BENEGAS LYNCH, Alberto (h). *A propósito del conocimiento y la competencia. Punto de partida de algunas consideraciones hayekianas*. Disertación ante la Academia Nacional de Ciencias Económicas realizada el 18 de junio de 2002. La cita corresponde a la página 11 de la transcripción (disponible en:

<http://www.poderlimitado.org/u/ficheros/documentos/0xED6CA152856711DCB210FDEBEC430E0A.1.pdf>) Los corchetes han sido agregados.

⁶³ REISMAN, George. *Platonic Competition*. Folleto publicado por The Jefferson School of Philosophy, Economics & Psychology (31 de octubre de 1991).

investigar y aprender cuál es la fisiología del sistema óseo, cardiovascular, circulatorio, digestivo, respiratorio, reproductor, etc. Recién en posesión de este conocimiento les será posible detectar correctamente si existe o no alguna enfermedad en un paciente concreto. Supongamos ahora que un médico que posee una teoría errónea acerca de la fisiología del sistema reproductor femenino, ve a una mujer con su período menstrual cada 28 días. Previsible pero erróneamente, concluirá que esta mujer padece de algún tipo de enfermedad “crónica”.

Mutatis mutandi, cuando las agencias de competencia intentan sancionar prácticas anticompetitivas, resulta imprescindible que previamente conozcan realmente cómo funciona la competencia a fin de estar en condiciones de definir el carácter “*anticompetitivo*” de una conducta. Desafortunadamente, la teoría neoclásica sobre competencia y su aplicación por parte de las agencias de competencia siempre se ha reducido al irreal e impertinente modelo de competencia perfecta y –como dijimos anteriormente- cualquier desviación de dicho modelo es vista con suspicacia, es sometida a riguroso análisis de costo-beneficio social, y eventualmente es *corregida*. Pero esta supuesta corrección es análoga al intento de *curar* la menstruación en nuestro ejemplo. La corrección de la competencia y la curación aludida son ambos productos de una errónea teoría.

La importancia teórica y práctica de criticar: (1) la modelización de equilibrios en base a los elementos supuestamente más cruciales del fenómeno de la competencia, (2) la alegada necesidad de irrealismo en toda teoría, así como (3) la predicción como supuesto criterio de validez para aplicar la noción neoclásica de competencia, se concentra justamente en evidenciar la necesidad de contar con una teoría positiva, realista y verdaderamente explicativa de la competencia, que permita -como al médico de nuestro ejemplo- identificar situaciones propias del fenómeno, de otras situaciones anómalas.

3.6. El bienestar en tela de juicio.

Por último, se afirma que el modelo de competencia perfecta, si bien es irreal y no podría aplicarse para explicar la realidad social, sí mantiene importancia como *ideal de bienestar*, es decir, como escenario eficiente al cual debemos aspirar y hacia el cual las acciones de intervención estatal deben dirigirse.

Recordemos que en el modelo de competencia existe un máximo bienestar tanto desde el punto de vista de los productores como del de los consumidores; el cual es medido en función a los excedentes de cada uno de ellos. Asimismo, se argumenta que en la competencia perfecta se utilizan los recursos de la sociedad de la manera más eficiente posible dadas las alternativas de producción existentes. El precio competitivo, al ser igual al costo marginal de producir la última unidad de bien –que es uniforme para todas las empresas– refleja perfectamente la relación de sustitución existente entre los distintos bienes y servicios, o dicho de otro modo, refleja el costo de oportunidad social⁶⁴. Por ello, el aumento en el precio del producto monopolizado por encima de su costo induciría a los consumidores a adquirir sustitutos que, siendo en términos relativos más baratos, a la sociedad le cuesta más producir⁶⁵. Esto significa, a su vez, que el alejamiento del *precio competitivo* genera ineficiencia asignativa.

Discutir sobre si el modelo de competencia perfecta es un ideal implica entrar al campo de lo que *debe ser*. Dicho ámbito está reservado a la ética y no corresponde ser analizado aquí. No obstante, podemos hacer algunas observaciones acerca de la *pertinencia* del modelo referido.

⁶⁴ En este sentido, SCITOVSKY: “*Todas las proposiciones de bienestar de los economistas clásicos –competencia perfecta, libre comercio y tributación directa– pertenecen a la primera categoría [eficiencia asignativa del sistema]; este hecho no siempre es reconocido. Todas ellas se basan en el principio de que, dada la cantidad total de recursos utilizados, lo más conveniente es distribuir tales recursos entre usos diferentes, de modo tal que sus tasas de sustitución sean iguales en todas partes y para todas las personas, porque sólo en tal situación se elevará la satisfacción de todas las personas al máximo, más allá del cual no se puede aumentar la satisfacción de ninguna persona, sin disminuir la de alguna otra*” (corchete agregado) SCITOVSKY, Tibor. *Una nota sobre las proposiciones del bienestar en economía*. En: ARROW, Kenneth y SCITOVSKY, Tibor (Compiladores). *Ensayos sobre Economía del Bienestar*. Tomo II. Fondo de Cultura Económica. México, 1964. Pág. 14.

⁶⁵ CÁCERES FREYRE, Fernando. *El por qué de la política de competencia*. En: Revista Derecho & Sociedad. Año XIII, N° 19, 2002.

Lo primero que debemos notar es que existe una paradoja consistente en que el ideal de competencia sea que no exista competencia. En efecto, ya hemos señalado que en el modelo de competencia perfecta todas las empresas son iguales, atómicas y sin perspectivas de crecimiento, que ofrecen exactamente los mismos productos al mismo precio (homogeneidad), saben perfectamente qué tecnología emplear y cuánto producir, conocen las inmutables preferencias de los consumidores, no enfrentan costos de transacción ni incertidumbre alguna y están limitadas en cuanto a su innovación. En ese escenario, simplemente ya no hay competencia alguna porque consiste en un estado de cosas donde toda rivalidad y posible actividad económica ya no existen.

En segundo lugar, este ideal de bienestar es tal debido a que todos los recursos estarían perfectamente utilizados en sus usos más valiosos. Pero, como consecuencia del irrealismo en las asunciones y condiciones de la competencia neoclásica, este modelo inevitablemente restringe el concepto de eficiencia sólo a la eficiencia *estática*, por la cual, recursos plenamente conocidos estarían distribuidos a lo largo de la estructura social de producción de manera óptima. Esta producción óptima sería por definición inmejorable y el escenario correspondería a aquél estado final de competencia perfecta. Allí, los costos de producción reflejarían el verdadero valor de los usos alternativos de los factores transados, de modo que ninguna reasignación de los factores podría mejorar la producción⁶⁶.

Sin embargo, sabemos que debido a la innata capacidad creativa del hombre, ni la información de los fines individuales, ni la de los medios para alcanzarlos

⁶⁶ HAYEK fue uno de los más importantes teóricos que explicitaron el carácter estático del problema económico entendido por los neoclásicos: “¿Cual es el problema que deseamos resolver cuando tratamos de construir un orden económico racional? Con base en ciertos supuestos comunes, la respuesta es bastante sencilla. Si disponemos de toda la información pertinente, si podemos empezar con un sistema dado de preferencias, y si poseemos conocimiento completo de los medios a nuestra disposición, el problema que queda es puramente un problema de lógica. En otros términos, la respuesta a la pregunta acerca de cuál es el mejor uso que podemos darle a los medios a nuestro alcance está implícita en nuestros supuestos. Para expresarla brevemente en forma matemática, la respuesta es que las proporciones marginales de sustitución entre cualesquiera dos bienes o factores, debe ser la misma en todos sus diversos usos”. (Traducción libre) HAYEK, Friedrich A. *El uso del conocimiento en la sociedad*. Originalmente publicado en *American Economic Review*. Año XXXV, N° 04, 1945.

(recursos) está dada o es perfectamente conocida para su consiguiente asignación. Por un lado, los fines de las personas y su importancia relativa van cambiando constantemente conforme experimentan y aprenden. Por otro lado, los medios -entendidos como cosas idóneas para alcanzar los fines valiosos y se vuelven *útiles* en ese sentido- también son parte de un constante proceso de creación y descubrimiento. Ello es así porque las cosas físicas se convierten en “medios” o “bienes” si y sólo si el hombre se percata de su idoneidad para alcanzar un fin. A modo de ejemplo, trozos de madera pueden ser considerados absolutamente inservibles y carentes de valor hasta que alguien se percate de que pueden servir para construir una escalera. Recién entonces se convierten en “bienes”. *Pues bien, si introducimos en el problema social la idea de que los individuos constantemente están creando nuevos fines, medios o nuevos usos a medios conocidos, entonces la noción de eficiencia que el modelo de competencia perfecta toma como objetivo necesariamente cambia de contenido, pues toda asignación eficiente en un sentido estático puede resultar ineficiente considerando el flujo de aquella nueva información.* La eficiencia “dinámica” consiste, pues, en irrumpir el status quo creando nueva información, advirtiendo nuevas posibilidades y oportunidades, nuevas necesidades, nuevos productos, tecnología, etc., provocando permanentemente nuevos esquemas de asignación eficiente.

La distinción entre eficiencia estática y eficiencia dinámica puede rastrearse hasta Jenofonte (380 a.C.), quien concebía a la economía como un saber que permite a los hombres acrecentar su hacienda. Se refería a la *eficiencia estática* en el sentido de mantener un *orden*, una gestión de recursos dados; y a la *eficiencia dinámica*, en el sentido de capacidad para incrementar la hacienda actuando como comerciante (uso de la creatividad)⁶⁷. Tal como señalan KIP VISCUS, HARRINGTON y VERNON, es importante la eficiencia en producir un conjunto de bienes deseados y conocidos, *pero quizás lo es aún más ser eficientes creando nuevo conocimiento* que (i) ahorre recursos en la

⁶⁷ HUERTA DE SOTO, Jesús. *Teoría de la Eficiencia Dinámica*. En: Revista Procesos de Mercado. Vol. 1 N° 01. Págs. 11-71.

producción de bienes conocidos y, mejor aún, (ii) crear nuevos productos, de mayor calidad⁶⁸.

El problema de cómo administrar recursos *dados* para alcanzar fines *dados* – esto es, el problema de la *eficiencia estática*- sólo puede ser relevante y aplicable parcialmente dentro del contexto de una familia, una empresa, e incluso del Estado, en cuanto a la administración de sus recursos. Pero no puede ser aplicable a la sociedad en su conjunto, pues por definición ésta es una estructura dinámica conformada por millones de acciones e interacciones humanas cada una en procura de fines distintos e incluso contradictorios, que por ende impiden la consecución de una maximización *global* del resultado o minimización del despilfarro social.

Así, lo que es eficiente desde un punto de vista global y estático puede resultar catastróficamente ineficiente desde una perspectiva dinámica; por lo que, incorporando algunas variables de la eficiencia dinámica, el modelo de competencia perfecta resulta muy cuestionable como ideal de bienestar. Para ilustrar esta conclusión, SCHUMPETER sostenía que *“lo que estamos obligados a aceptar es que la gran empresa se ha convertido en el motor más poderoso de este progreso y especialmente responsable de la expansión a largo plazo de la producción total. Ello a pesar de esta estrategia de control que previene en gran medida el desarrollo al ser tan restrictiva, cuando se la considera en un caso específico y en un momento dado. Desde este punto de vista la competencia perfecta no sólo es imposible, sino de naturaleza inferior, y no puede de modo alguno ser ilustrativo del modelo ideal de eficiencia”*⁶⁹.

Lo que SCHUMPETER cuestiona en esta cita es que a pesar de que vistas aisladamente podrían parecer restrictivas (desde una perspectiva estática), son precisamente las grandes violaciones al modelo de competencia perfecta (en la cita: la concentración o el tamaño de la empresa) lo que ha permitido el progreso y expansión productiva; i.e. eficiencia dinámica. Y a partir de ese

⁶⁸ KIP VISCUSI, W.; HARRINGTON, Joseph E. Jr; y VERNON, John M. *The Economics of Regulation and Antitrust*. 4ta. Edición. The MIT Press. Cambridge MA, 2005.

⁶⁹ FLINT, Pinkas. *Op. Cit.* Pág. 156.

cuestionamiento es lógico y legítimo replantear si realmente el modelo de competencia perfecta es una situación deseable. En el mismo sentido, SCHERER Y ROSS: *“Lo que se necesita para un progreso tecnológico rápido es una pequeña desviación de la competencia y del monopolio, con mayor énfasis en la primera que en el segundo, y con el rol de los elementos monopolísticos disminuyendo conforme existan oportunidades tecnológicas”*⁷⁰

KIP VISCUSI, HARRINGTON y VERNON continúan diciendo: *“Un tema incluso más importante es que podría pecar de ingenua una política pública que pretenda determinar la estructura de mercado óptima a fin de maximizar el trade off entre la eficiencia asignativa estática y el progreso tecnológico. La razón es que la estructura en sí debe ser vista como una en constante evolución conforme los cambios tecnológicos ocurren en el tiempo”*⁷¹.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, en especial la aproximación de HAYEK al problema económico, el profesor Dominick T. ARMENTANO concluye señalando: *“El problema económico que debe resolver la competencia no es uno de cómo los recursos serían asignados si hubiera información perfecta y las preferencias de los consumidores fueran estables, con todos los datos conocidos y constantes. La solución al problema de la asignación de recursos en estas circunstancias sería trivial.*

Al contrario, el problema económico reside en explicar cómo funciona el proceso competitivo de descubrimiento y ajuste para coordinar la demanda anticipada con la oferta en un mundo de información imperfecta. Por lo tanto, excluir de los análisis las expectativas disímiles y el cambio dinámico es ignorar todos los problemas reales asociados a la competencia y el proceso de asignación de recursos. Ergo, aunque los criterios tradicionales de eficiencia pueden ser técnicamente correctos para un mundo estático, son irrelevantes para el análisis de mercados reales.

La incertidumbre de mercado y el cambio pueden requerir productos diferenciados, cierta coordinación entre empresas en vez de rivalidad independiente (incluida cooperación en precios), algo de publicidad, etc., a

⁷⁰ Citado en KIP VISCUSI Y OTROS. Op. Cit. Pág. 98.

⁷¹ Ídem.

pesar de que ninguna de estas variables está presente en el equilibrio atomístico. Estas variables no indican que la competencia no existe o que el proceso competitivo es deficiente, sino simplemente que el proceso competitivo siempre está en un necesario estado de desequilibrio" (subrayado agregado)⁷².

En tercer lugar, debemos hacer un comentario sobre la supuesta eficiencia de la igualdad P (Precio) = CMg (Costo marginal)⁷³. Sabemos que en competencia perfecta esta igualdad se da y, de hecho, se considera eficiente (estáticamente) que sea así. No obstante, si el precio tuviera que ser siempre igual al costo marginal, no solamente existirían empresas que no podrían recuperar sus costos fijos, sino que muchas de ellas no cobrarían nada, a saber, cuando hay costos fijos altos y costos marginales cercanos a cero (V.g. conciertos, electricidad, telefonía, costo de usar un invento, etc.). Por ende, esta exigencia como ideal de eficiencia es contradictoria (pues resulta ineficiente en muchos casos) y, como ideal de bienestar, arbitraria.

Ahora bien, además de arbitraria, tiene efectos perniciosos. En un escenario "perfecto" donde $P = CMg$, se generará un incentivo para reducir la inversión en costos fijos, así como deshacerse de llamada capacidad ociosa: tener extra máquinas y capacidad de planta para ajustarse a la cambiante demanda, invertir en investigación y desarrollo, etc. Esto a su vez causa que a las empresas se les haga difícil responder a los incrementos de demanda originándose los denominados *cuellos de botella*. De igual modo, los empresarios no podrían competir por una mayor participación –i.e. quitarle ventas a sus competidores- porque desde un principio estarían operando a plena capacidad.

⁷² ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust: The Case for Repeal*. Segunda Edición. The Ludwig von Mises Institute. Pág. 33-34. Traducción libre.

⁷³ Esta noción es unánime en los textos de economía y organización industrial, y puede resumirse en el siguiente párrafo: "Así descripto el marco teórico del análisis, el concepto económico de eficiencia se identifica con el de maximización del excedente total de los agentes económicos. Esto implica igualar el precio de demanda que los consumidores están dispuestos a pagar, con el incremento de costos que tiene para los productores proveer una unidad adicional del bien bajo análisis" COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia*. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2003. Pág. 31.

Cada década, desde la Revolución Industrial, los productos han mejorado y sus precios han bajado. Incluso en medio de épocas de inflación, a las empresas les conviene reducir sus costos e incrementar su productividad en un intento de mantenerse tan rentables como antes de la inflación. La clave de este beneficioso proceso a la sociedad está en la habilidad y constante intento de reducir costos. *Por tanto, la competencia por precios no consiste solamente la reducción de precios vía reducción de márgenes de ganancia hasta llegar a la igualdad $P = CMg$.* Con respecto al oligopolio, por ejemplo, el competidor reduce precios porque sabe que algunos no podrán igualarle, gracias a que él ha logrado reducir costos que algunos no han podido⁷⁴. En este caso, *este competidor no compite disminuyendo sus precios hasta que igualen su costo marginal, sino simplemente disminuyendo costos y márgenes de ganancia.* Éste es un fenómeno conocido por todo empresario, menos aquéllos que asumen arbitrariamente que la *competencia por precios* sólo es el proceso de igualar precio con costos marginales. Y es que pesa mucho la herencia de Alfred Marshall y su noción de “*empresa representativa*”, es decir, la idea de que los mercados están conformados por múltiples empresas idénticas que operan con la misma eficiencia y estructura de costos. La estática idealista también juega un papel fundamental en este error, pues en un escenario donde por definición no hay creatividad ni verdadera innovación, la *competencia por precios* sólo podría consistir en la reducción de *márgenes de ganancia*.

En cuarto lugar, podemos cuestionar cómo así un modelo irreal, estático e ineficiente desde una perspectiva dinámica termina siendo utilizado como *benchmark* o ideal contra el cual se compara desfavorablemente el mundo real. Este método es análogo a asumir –sólo para el modelo, por supuesto- que no hay escasez, que la gente puede crear de la nada bienes que les satisfagan completamente (no producción), que no es necesario sacrificar fines (no existencia de costos) al actuar, o que la gente es absolutamente generosa y no le interesa ganar dinero. Que, luego de desarrollar mucha teoría sobre esta base, afirmemos sin más que ése es el ideal de bienestar y que, por ende, toda producción o todo intento de ganar dinero que podamos constatar en el mundo

⁷⁴ REISMAN, George. *Capitalism. A Treatise on Economics* [1990] Jameson Books. Ottawa, IL. 1998. Pág. 435.

real constituyen *fallas* que requieren corrección. Este modo de razonar nos parecería absurdo a primera vista. Pues bien, esto mismo es lo que sucede cuando se compara los resultados de eficiencia en la competencia perfecta con los resultados del mundo real e inmediatamente se concluye que éste último presenta fallas.

Al ser una *abstracción idealista* (en el sentido expuesto en el Capítulo I), el modelo de competencia perfecta no puede aplicarse al mundo real y, menos aún, compararse válidamente con éste. Hacerlo constituiría una *Falacia del Nirvana*, término acuñado por Harold DEMSETZ para describir el error lógico de comparar un estado de cosas real con alternativas idealizadas e irreales. Esta falacia se basa en crear una *falsa dicotomía* en la cual se presenta a una alternativa idealizada como obviamente ventajosa.

La falacia en alusión se presenta en dos niveles:

1. El primero es la comparación de un mercado competitivo ideal y perfecto (pero irreal) con los mercados reales, para así concluir que éstos no se ajustan al ideal competitivo y, por ende, muestran *fallas*. Nótese que – influidos por la filosofía positivista-empirista que ya hemos comentado- la doctrina Antitrust no ha formulado una teoría positiva de la competencia, sino que únicamente se ha limitado a aceptar un paradigma ideal de competencia que es producto de la confusión entre los planos del “ser” y del “deber ser”.
2. Por otro lado, visto que los mercados reales son imperfectos y que existen *fallas de mercado*, se procede a comparar esta situación con otra en la que una autoridad imparcial y técnica interviene libre de fallas (alternativa idealizada) para mejorar la eficiencia.

Ambas comparaciones son inadmisibles desde un punto de vista lógico. Y es importante saberlo puesto que cuando el concepto de *falla de mercado* – entendido a partir de la *falacia del Nirvana*- se usa para diagnosticar una

situación puede resultar perjudicial porque conlleva a recomendaciones de política pública erradas.

En quinto lugar, debemos agregar una nota sobre los excedentes del consumidor y del productor. Lo único cierto del concepto de *excedente* es que cada parte de un intercambio cree que éste es un buen negocio y que obtiene un beneficio o *excedente*. Comúnmente se dice que el excedente del consumidor es la diferencia matemática entre lo que éste estaba dispuesto a pagar y lo que realmente pagó por un bien. Igualmente, el excedente del productor sería la diferencia entre sus costos de producción y el precio obtenido por el bien. Pero esta caracterización es falsa. El *excedente* o beneficio es subjetivo, es la diferencia entre el valor del fin alcanzado y el valor de lo sacrificado. Es más, al momento del intercambio, el beneficio no existe aún. Es sólo una expectativa.

Alguien podría intentar replicar esta afirmación diciendo que el excedente no mide –ni puede medir- el beneficio subjetivo sino que sólo se limita a expresar en términos monetarios el beneficio⁷⁵. Pero un concepto de beneficio así de restringido sería irrelevante para determinar si una estructura de mercado (como aquella caracterizada en la competencia perfecta) es la más deseable o no, dado que las personas reales valoran el beneficio global incorporando múltiples criterios, muchos de ellos subjetivos y arbitrarios (Así pues, el beneficio de un intercambio largamente podría sobrepasar el excedente estrictamente monetario). En tanto los intercambios sean libres, podemos estar seguros que las partes habrán pensado en mejorar su situación al celebrarlos. Es todo lo que podemos saber con certeza.

En base a lo expuesto anteriormente, se deduce que no se puede afirmar a ciencia cierta si la competencia perfecta -con todas sus condiciones- genera el

⁷⁵ Así por ejemplo: “*La utilidad mensurable, que una vez se consideró muerta y enterrada para siempre, tuvo una nueva reencarnación, y la “medida monetaria” de la utilidad, intentada por Marshall, de la que el excedente de los consumidores es la porción más conocida, se aferró, en forma igualmente tenaz a la vida. A menudo se expuso el carácter traicionero, polifacético del excedente de los consumidores, pero la necesidad de sus servicios parece ser tan grande, que supera los escrúpulos originados por su falta de credibilidad*” En: ARROW, Kenneth y SCITOVSKY, Tibor (Compiladores). *Ensayos sobre Economía del Bienestar*. Tomo II. Fondo de Cultura Económica. México, 1964. Pág. 07.

máximo de bienestar para los consumidores y para los productores, o no. Recuérdese que bajo el criterio de la eficiencia dinámica, el modelo de competencia perfecta no es sino un estorbo para la innovación, de modo que una sociedad en competencia perfecta podría estar ganando en términos monetarios, pero perdiendo mucho más en términos del costo de oportunidad de la innovación y dinamismo.

Además, la máxima satisfacción o beneficio social no es exclusiva de un mundo estático como el de la competencia perfecta. Pensar ello implicaría creer que la *causa* del desempeño del mercado es su estructura⁷⁶, cuando en realidad es al revés. La innovación, el desarrollo de economías de escala, la obtención rival de las preferencias de los consumidores -es decir, las conductas y el desempeño de las empresas- son las variables que van delineando, por ensayo y error, la estructura de un mercado concreto⁷⁷. Por eso, puede existir gran rivalidad y grandes beneficios para los consumidores incluso cuando la estructura no sea tan “competitiva” (entendiendo por estructura competitiva a las condiciones de la competencia perfecta).

Finalmente, alguien podría argüir que el excedente social mide sólo el *beneficio monetario dentro de un contexto estático de certidumbre* y que, bajo esa premisa, las condiciones de la competencia perfecta sí garantizan el máximo excedente. Insistimos que si ése fuera el caso, dicho concepto sería absolutamente irrelevante como herramienta de análisis de bienestar en el mundo real.

3.7. Conclusión.

En esta primera parte hemos querido demostrar lo siguiente:

⁷⁶ Si bien el Paradigma Estructura→Conducta→Desempeño (SCP) fue dejado de lado desde los años 70's, es innegable que aún mantiene cierta influencia en el pensamiento económico, en especial cuando se trata de políticas de control de estructuras (V.g. control de fusiones), pero sin restringirse a este ámbito.

⁷⁷ Sobre el particular puede consultarse BROZEN, Yale. *Concentration, Mergers and Public Policy*. Mac Millan Publishing Co., Inc. Nueva York, 1982.

- Que el modelo de competencia perfecta y la modelización de diversos estados de equilibrio -cuyas estructura, conductas y resultados son evaluados siempre en comparación con la primera- constituyen la base teórica de lo que la doctrina de Libre Competencia entiende por competencia.
- Que, a pesar del evidente irrealismo de sus presupuestos, estos modelos son aceptados ordinariamente porque (i) suponen que toda teoría debe ser irreal o falsa y sólo requiere recoger algunos elementos cruciales del fenómeno a explicar; (ii) nos permite hacer predicciones adecuadas, (iii) es un ideal de bienestar.
- Que, es falso que toda teoría deba ser irreal, así como que la competencia perfecta -como paradigma ideal de competencia- recoja los elementos más cruciales de la misma.
- La capacidad predictiva en las ciencias sociales no es un buen criterio de validación de la teoría.
- Tampoco es admisible la adopción de la competencia perfecta como ideal de bienestar contra el cual comparar el desempeño de los mercados reales.
- Ni dicho modelo, ni aquellos otros escenarios de equilibrio derivados de él, permiten formular una teoría positiva de la competencia, por lo que resultan irrelevantes para el análisis del funcionamiento de los mercados reales. Su calidad de *benchmark*, tanto en el plano positivo como normativo, requiere ser rechazada.

4. TEORIA DEL MONOPOLIO

4.1. Estática comparativa y proceso de mercado.

El Derecho de la Libre Competencia de basa en un análisis económico que carece de una teoría positiva de la competencia y de sus patologías. No se estudia la causalidad o la lógica de los fenómenos, sino sólo se comparan situaciones de equilibrio o estados de cosas idealizados evitando enfocarse agudamente en el proceso de cambio y ajuste. Aquél método de análisis económico se denomina *estática comparativa*. Vale la pena reproducir aquí una crítica metodológica de Bernard GUERRIEN, quien haciendo referencia a John Hicks y Paul Samuelson -dos de los más importantes economistas neoclásicos-, cuestiona la estática comparativa de esta escuela en los siguientes términos:

“[E]l procedimiento analítico [de Hicks y Samuelson] es estático ya que no aborda el problema del paso “dinámico” de un estado a otro. Para entender mejor el asunto efectuemos una analogía con la física. Supongamos que una esfera está en equilibrio en el borde de una taza de café y que un golpe cualquiera la hace caer al interior a causa de la fricción al cabo de un cierto tiempo la esfera encuentra un nuevo equilibrio al fondo del recipiente. Un procedimiento del tipo de la estática comparativa consiste pues en comparar las características del equilibrio inicial, al borde de la taza, con las del equilibrio final en el fondo, sin preocuparse como se ha efectuado el paso de uno a otro. Este ejemplo nos permite entrever los límites de este procedimiento en la medida en que teóricamente se puede aplicar en “el otro sentido”, es decir, cuando el estado inicial fuera el fondo de la taza y el final el borde; ahora: ¿qué significado tendría un “choque” sobre la esfera en el fondo referido, cuando la probabilidad es prácticamente nula de hacer que la esfera llegue en este caso al borde y allí se quede? No tener en cuenta procesos puede conducir a comparaciones absurdas y a deducir “relaciones causales” que no lo son.

A pesar de estas reservas, la estática comparativa ocupa siempre un lugar preponderante en el razonamiento de los economistas -y en particular de los microeconomistas- a causa esencialmente de su relativa simplicidad.

En resumen, el programa de investigación de Hicks y Samuelson en el cual se inscribe la microeconomía actual, se propone deducir leyes en el sentido de la estática comparativa, partiendo de un número restringido de hipótesis y de “principios” -esencialmente el de la maximización- y empleando considerablemente las matemáticas”⁷⁸

Muchos dirían que la causalidad es una cuestión trivial puesto que para ellos existen modelos, variables, ecuaciones y datos que deben encajar en equilibrio. Y dentro de este contexto de equilibrio las causas y los efectos están *mutuamente determinados* por los datos.

Veamos un ejemplo. Supongamos que la talla de un padre es 3 veces la talla de su hijo. Asimismo, que el hijo mide 4 pies menos que el padre. Si hacemos una par de ecuaciones básicas: (i) $3h=p$; y (ii) $h+4=p$ ⁷⁹; tendremos que el hijo mide 2 pies y el padre mide 6 pies. ¿Qué causa o determina la talla del hijo? Una posición metodológica que se concentre en los equilibrios diría que son ambas ecuaciones las que proporcionan información complementaria y que,

⁷⁸ GUERRIEN, Bernard. *La Microeconomía*. Disponible en <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/bg-micro/index.html>

No pretendemos asimilar todas las críticas de Guerrien a la economía neoclásica con nuestra posición sobre la competencia y la economía de mercado. Vale resaltar que únicamente hemos adoptado sus válidos cuestionamientos desde la “Economía Crítica” sobre el método y el marco teórico que comparten la mayoría de economistas neoclásicos. Con relación al marco teórico, por ejemplo, al referirse a los *equilibrios*, sostiene: “La palabra “equilibrio” no hace parte del vocabulario de los economistas clásicos – ni del de Marx. En cambio, los neoclásicos la utilizan todo el tiempo; cuando quieren tratar de cualquier problema, lo primero que hacen es buscar los equilibrios, y después tratan de ver cuales son sus propiedades, soñando encontrar alguna que pueda considerarse como una ley. La idea es de imitar la física, con sus fuerzas que se “equilibran” (Stiglitz utiliza la imagen de un peso colgado a un resorte). Las “fuerzas” serían entonces las del mercado. Pero esa metáfora no tiene sentido, ya que el postulado fundamental de los neoclásicos es que los individuos no son una materia inerte que se somete a fuerzas exteriores, sino seres conscientes, racionales, que toman en cuenta lo que pasa, de la información disponible, etc. antes de tomar cualquier decisión” Ver: GUERRIEN, Bernard. ¿Podemos conservar algo de la teoría neoclásica? Ponencia transcrita disponible en: http://bernardguerrien.com/Barcelona2006_revu_.pdf. Con mayor detalle, respecto al *equilibrio general*, ver: *El equilibrio general*. En: *Crítica a la Economía Ortodoxa*. Universidad Autónoma de Barcelona, 2004. Págs. 267 y ss.

⁷⁹ Donde p es la talla del padre y h es la talla del hijo.

por ende, ni la talla del padre determina la talla del hijo, ni la talla del hijo determina la del padre. La limitación del análisis matemático es así de cruda. De igual modo, los teóricos del equilibrio resuelven varias ecuaciones para determinar las distintas variables tales como la demanda, oferta, y las demás que se deben dar en equilibrio. En un contexto como tal, no cabe preguntarse qué elementos del sistema causa los demás, sino que todos se determinan mutuamente.

Hans MAYER se refiere a este recurrente error en el método económico en los siguientes términos: *“En esencia, se produce una ficción en inmanente, más o menos camuflada: en efecto, todas ellas relaciones, mediante ecuaciones simultáneas, magnitudes no simultáneas que sólo surgen en una secuencia genético-causal, como si éstas existieran juntas en todo momento. De esta manera, el punto de vista estático sincroniza los acontecimientos, cuando lo que existe en la realidad es un proceso. Sin embargo, no se puede considerar un proceso genético en términos estáticos, sin eliminar precisamente su más íntima característica”*⁸⁰.

Esta perspectiva estática del mercado, donde todos los factores se determinan mutua y sincrónicamente, ha llevado a pensar que el precio tiene que ser la suma de los precios de los factores de producción (costes) más el interés. Para esta posición, no tiene importancia la estructura intertemporal de la producción -es decir, cómo se asignan los recursos dentro de las sucesivas y temporales etapas productivas- ni cómo así las expectativas o la especulación empresarial cumplen roles en la formación de los precios. De hecho, Alfred MARSHALL se percató del debate entre las posiciones clásica -que sostenía que el precio estaba determinado por el lado de la oferta- y marginalista -que sostenía que en última instancia el precio estaba determinado por la utilidad o demanda de los consumidores- e influido por esta perspectiva estática indicó que los precios no provenían de ninguno de estos extremos, sino de la *interacción* entre ambos. Es más, ilustró su posición señalando que la formación interactiva de

⁸⁰ Hans MAYER, traducido libremente y citado por HUERTA DE SOTO, Jesús. *Nuevos Estudios de Economía Política*. Unión Editorial. Madrid, 2002. Pág. 35.

precios por parte de la oferta y la demanda es análoga a la interacción de las hojas de unas tijeras:

“We might as reasonably dispute whether it is the upper or the under blade of a pair of scissors that cuts a piece of paper, as whether value is governed by utility or cost of production. It is true that when one blade is held still, and the cutting is effected by moving the other, we may say with careless brevity that the cutting is done by the second; but the statement is not strictly accurate, and is to be excused only so long as it claims to be merely a popular and not a strictly scientific account of what happens”.

Sugiere MARSHALL que son ambas hojas de unas tijeras las que hacen el corte, y no una sola de ellas, como pudiera parecer desde una observación superficial. No obstante, pensar que los precios son determinados de la misma manera por una oferta objetiva -determinada por los costos de producción- y una demanda subjetiva -determinada por la utilidad- significa olvidar que la oferta y toda la estructura de producción se determinan en función a la demanda anticipada de los consumidores, percibida por los empresarios, y que, por tanto, son los consumidores los que determinan mediatamente los costos de producción y la oferta. *Olvidar este mecanismo complejo de coordinación intertemporal es fácil si se adopta la falaz visión de que las variables ingresadas al modelo son todas simultáneas.* Tal como en nuestro ejemplo de las tallas del padre y del hijo, podríamos olvidar que son los genes del padre y la madre, aunados a muchos otros factores, los que determinan la talla del hijo. El modelo, al pretender simultaneidad de magnitudes que nunca se dan simultáneas en la realidad no nos puede decir nada acerca de la causalidad, la lógica o el funcionamiento de los fenómenos de mercado, y menos aún del proceso de competencia.

Hecha esta nota introductoria, estamos ya en condiciones de cuestionar la recurrente comparación de competencia perfecta *versus* modelo de monopolio; comparación que usualmente se adopta con el fin de demostrar las fallas e ineficiencias que provoca el monopolio y con ello, la necesidad de intervenir cualquier práctica comercial tendiente al monopolio o “*monopolizadora*”. Pero

esa comparación no explica la causalidad o la lógica de los fenómenos de mercado. No explica el proceso de mercado ni da cuenta de su necesario y permanente estado de *desequilibrio*. Sólo hay comparación estática entre estados idealizados (en el sentido de platónicos), irrelevantes para cualquier estudio serio de la sociedad.

Esto abona en nuestra tesis de que existen errores cruciales en los fundamentos económicos del Derecho de la Libre Competencia, pues en ningún lado se encuentran aproximaciones realistas sobre lo que es la competencia. La rigurosidad de la ciencia social es trucada permanentemente por métodos como la *estática comparativa* que, si bien pueden ser *útiles pragmáticamente* en otros contextos, no lo es al momento de definir las principales características y la lógica de aquel proceso social que llamamos competencia.

Toda teoría que pretenda abordar el estudio de un proceso, cualquiera que sea, debe tener en cuenta la diferencia ontológica entre un *proceso* y una *entidad*. Un proceso es una sucesión de etapas en el tiempo cuya existencia se materializa a través de él. La entidad y sus partes pueden analizarse estáticamente porque todas ellas confluyen sincrónicamente y se exponen en una unidad. Un proceso, al contrario, expone sus elementos y partes sólo a través del tiempo, dejando al analista con la tarea de teorizar sobre las categorías y leyes que expliquen su dinámica. Al caso que nos importa, el proceso social de competencia, por tanto, no puede estudiarse sobre la base de modelos estáticos o de equilibrio, en los que las partes y elementos del fenómeno se exponen todos a la vez sin referencia a las categorías y leyes que explican teóricamente las relaciones de causalidad entre sus elementos.

4.2. Monopolio puro.

A continuación, veremos el extremo contrario de la competencia perfecta: *el monopolio puro*: la falla de mercado cuyas consecuencias sería preciso corregir. Consecuente con la postura positivista-empirista, el modelo de monopolio puro tampoco es realista, a tal punto que el propio surgimiento de

una empresa “monopólica pura” en un mercado no intervenido resulta cuestionable. En adición, el propio concepto de “monopolio” es harto ambiguo y no está exento de críticas que detallaremos más adelante.

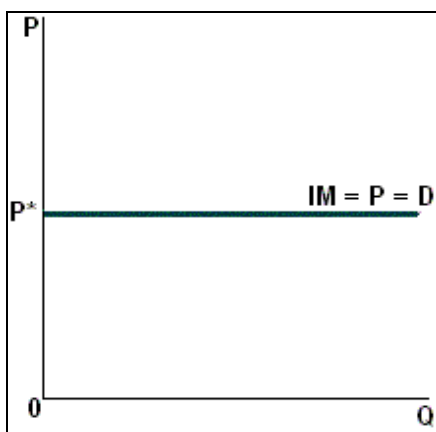
Ordinariamente, se define al monopolio como una situación en la cual un bien determinado es provisto por un único productor, quien no enfrenta a ningún competidor potencial porque por definición existe imposibilidad de entrada al mercado. En este escenario, los consumidores tampoco tienen acceso a bienes sustitutos, de modo que –se dice- están a merced del monopolista. Técnicamente, esto significa que la demanda de dicho bien es *inelástica*. Asumiendo que el monopolista es un agente racional, la teoría neoclásica sostiene que éste aprovechará su situación de poder y cobrará un precio mayor al *precio competitivo* (el resultante de la competencia perfecta; $P=CMg$), denominado *precio monopolístico*, el cual sólo estaría limitado por la demanda que enfrenta el monopolista (límite superior) y por el costo de producción (límite inferior).

Es importante decir que si existiera la posibilidad de entrada al mercado, la competencia entre el monopolista y los vendedores entrantes haría insostenible la fijación de un precio monopolístico. Esta precisión nos permite concluir -liminariamente- que el modelo de monopolio se sostiene *únicamente en el supuesto de la imposibilidad de entrada*.

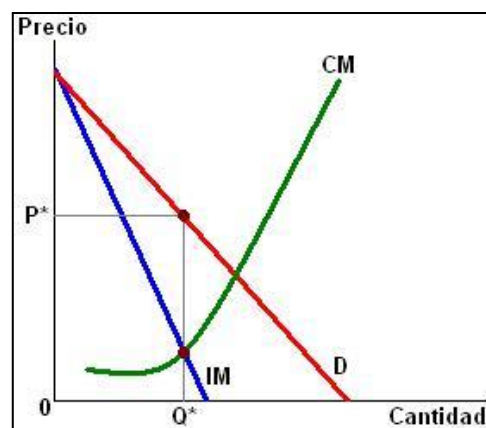
La manera de incrementar los precios hasta el equilibrio monopolístico –*precio monopolístico*- consiste en reducir la cantidad producida de modo que al crear escasez el precio se eleve. COOTER y ULEN explican cómo así es diferente la fijación de precios en competencia (perfecta) y en monopolio (puro): “*El monopolista, como la empresa competitiva, maximiza su beneficio produciendo al nivel en que el costo marginal se iguala al ingreso marginal. El costo marginal del monopolista, como en el caso de la empresa competitiva, es el costo de producción de una unidad más. [...] Recordemos que el ingreso marginal es el describe el cambio ocurrido en los ingresos totales de una empresa cuando hay un cambio pequeño, o marginal, en el número de*

unidades de producto vendidas. Para la empresa competitiva, el ingreso marginal es igual al precio del producto. En virtud de que la empresa competitiva puede vender todo lo que quiera al precio prevaleciente, cada unidad adicional agregará exactamente el precio de venta a los ingresos totales de la empresa. Pero para el monopolista, el ingreso marginal disminuye a medida que aumenta el número de las unidades vendidas”⁸¹.

Los siguientes gráficos básicos ilustran las contrarias situaciones que enfrentan las empresas competitivas y los monopolistas. Los ejes verticales representan los precios y también los costos. Los ejes horizontales, la cantidad producida. En el esquema de competencia perfecta ubicado a la izquierda, si bien en el agregado la curva de demanda es de pendiente negativa, cada empresa individual enfrenta una demanda perfectamente *elástica* -es decir completamente horizontal- que coincide con el precio competitivo y la curva de ingreso marginal (IMg). Bajo estas condiciones, la más mínima elevación del precio por parte de la empresa en cuestión ocasionará que sus ventas caigan a cero. Pero también esto significa también que la empresa individual puede vender todo lo que quiera a ese precio prevaleciente (competitivo) ya que no influye en la formación de éste.



Curvas que enfrenta una empresa competitiva



Curvas que enfrenta un monopolista

A la derecha, en cambio, tenemos el equilibrio del monopolista. Dado que es el único en el mercado, enfrenta toda la curva de demanda (D) –con pendiente negativa- para sí. Siendo ello así, el ingreso marginal (IM en el gráfico) tiende a

⁸¹ COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Op. Cit.* Págs. 50-51

disminuir. Dado que los costos marginales tienden a subir, la maximización racional de los beneficios del monopolista requiere un nivel de producción Q^* en la cual el costo e ingreso marginales se igualen. Si el monopolista produjera más que Q^* , el costo marginal de esas unidades adicionales serían mayores que el ingreso marginal correspondiente (ver gráfico) e incurriría en pérdidas. Del mismo modo, si produjera una cantidad menor a Q^* , sus ingresos marginales serían superiores a los costos marginales, sin embargo, estaría dejando de producir unidades que igualmente le reportarían beneficios hasta que ingresos y costos marginales se igualen.

4.3. Ineficiencias del monopolio.

POSNER empieza su celebrado libro sobre Derecho de la Libre Competencia dejando claro que la teoría económica del monopolio provee la única base aceptable para la política Antitrust⁸². Con esta afirmación pretende desligar el Derecho de la Libre Competencia de consideraciones políticas (V.g. protección de las pequeñas empresas, desconcentración del poder económico, protección del mercado local, etc.) y restringirlo a consideraciones *técnicas* de bienestar social, criterio que en términos neoclásicos significa “eficiencia social”.

La esencia del monopolio es el “poder sobre el precio” al variar su producción. En los mercados perfectamente competitivos, si un competidor reduce su producción –que es insignificante en relación a la producción total-, el efecto puede ignorarse, máxime si otros competidores pueden restablecer rápidamente el nivel de producción total. No obstante, en monopolio, la producción del monopolista es la producción total, de modo que sí tiene efectos en el precio. Concretamente, los precios se incrementan y los márgenes de ganancia del monopolista también.

Siguiendo la afirmación citada de POSNER, la reducción de la producción así como el consecuente incremento de los precios y ganancias para el monopolista no tendrían por qué preocupar a la doctrina Antitrust, si no fuera

⁸² POSNER, Richard. *Antitrust Law. An economic perspective*. The University of Chicago Press. Chicago 1976. Pág. 08.

porque generan una asignación ineficiente de recursos consistente en que la porción que no se produce incentiva a los consumidores a adquirir sustitutos que -siendo en términos relativos más baratos- a la sociedad le cuesta más producir. Los sustitutos inducidos serían pues, “falsas alternativas”. Esta asignación ineficiente es una “pérdida de valor”, un “costo social” o una “pérdida neta de eficiencia social” (*deadweight loss*), pues lo que los monopolistas dejan de ganar por la menor cantidad producida de unidades no se ve compensado por ninguna ganancia correlativa de algún miembro de la sociedad.

Gráficamente, podemos señalar que mientras en competencia perfecta, la producción óptima es aquella que está al nivel de la intersección entre la curva de costo marginal (CMg) y demanda, el monopolista producirá una cantidad tal que su costo marginal (CMg) y su ingreso marginal se igualen (con lo cual la producción óptima para el monopolista es QM); y además cobrará un *precio monopolístico* PM que siempre será mayor al precio que prevalecería en competencia. En este escenario monopolístico, el *triángulo* sombreado representa el valor de la cantidad de bienes eficientemente producible pero no producida, que podría haber satisfecho a más consumidores.

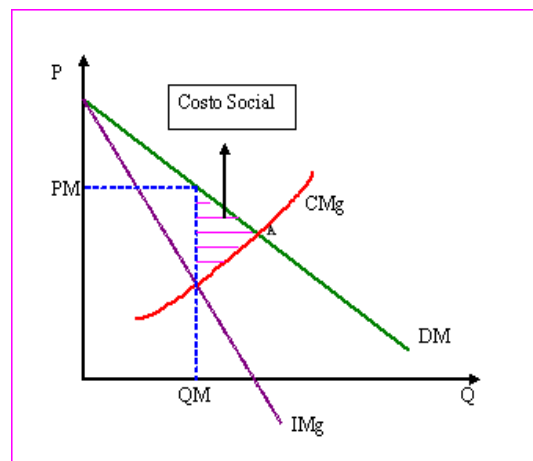


Ilustración del costo social generado por la fijación de precios monopolísticos

Esta pérdida de eficiencia social es lo que técnicamente justificaría la aversión al monopolio y la implementación de sanciones a las prácticas comerciales que

injustamente tiendan a establecer o reforzar una situación de monopolio, en nombre de preservar la competencia.

La estimación cuantitativa de tal pérdida podría ser una herramienta útil para darnos cuenta del verdadero peligro de los monopolios reales y por ende de la necesidad del Derecho de la Libre Competencia. Sin embargo, los intentos de estimación han sido usualmente vanos debido a que éstos requerirían información acerca el *precio competitivo* y *cantidad competitiva*, que es imposible de obtener. Por otro lado, las estimaciones indirectas sólo nos informan de los costos sociales que se dan a *pesar* de la existencia del Derecho de la Libre Competencia, por lo que no resultan ser muy útiles si lo que se pretende es precisamente evaluar la necesidad de este sistema. Por ejemplo, en 1954 Arnold Harberger realizó un estudio para los Estados Unidos tomando en cuenta las tasas de ganancias de 73 industrias manufactureras para el período de 1924-1928, concluyendo que la pérdida de eficiencia social era equivalente al 0,1% del Producto Nacional Bruto (PNB)⁸³. Por su parte, Cowling y Mueller demostraron que las firmas determinan el precio de tal modo que el margen de ganancia iguala al inverso del (valor absoluto) de la elasticidad de la demanda de la firma. Y que la pérdida de eficiencia social es aproximadamente la mitad de sus ganancias. En ese sentido, su estimación alcanzó al 4% del PNB; la cual se incrementaría al 13% si se incluyen en el cálculo los gastos de publicidad como si fueran recursos malgastados relacionados con una conducta mercantilista⁸⁴.

No obstante estos hallazgos, tal como ya manifestáramos líneas arriba, KIP VISCUSI, HARRINGTON y VERNON aclaran:

“Es claramente importante entender el tamaño cuantitativo de la pérdida de eficiencia social a partir del exceso del precio sobre el costo marginal, ya sea si esta pérdida es producto del monopolio, colusión o regulación. Desafortunadamente, estimar pérdidas de eficiencia social es una tarea inherentemente precaria debido a las limitaciones de información. [...] Un

⁸³ FERNÁNDEZ BACA, Jorge. *Organización Industrial*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima, 2006. Pág. 132.

⁸⁴ KIP VISCUSI, HARRINGTON y VERNON. *Op. Cit.* Pág. 91-92.

punto final se refiere a que incluso si conociéramos que la pérdida de eficiencia social de un monopolio determinado fuera, digamos, solamente 1% del PNB, esto no podría justificar la abolición de la legislación antimonopolio. La razón es que dicho 1% se aplicaría a una economía con legislación antimonopolio. Quizás si ésta no existiera las pérdidas del monopolio serían mayores”⁸⁵

Resumiendo, desde un punto de vista estrictamente económico, para los neoclásicos la “pérdida de eficiencia social” es un costo social que constituye la última justificación económica del Derecho de la Libre Competencia. Es un concepto que proviene del análisis teórico estático-comparativo entre los modelos de competencia perfecta y monopolio puro, y cuya estimación empírica no sólo es difícil, como los propios doctrinarios parecen sugerir, sino también poco útil para evaluar la importancia del sistema Antitrust.

Sin perjuicio de la “pérdida de eficiencia social” (DWL), existen otros costos sociales que abonan al argumento de la ineficiencia del monopolio y su posterior rechazo. Si bien tradicionalmente se ha dicho que la transferencia de riqueza de los consumidores a favor del monopolista no es un problema social pues lo que deja de ganar el consumidor lo adquiere el productor, este análisis sería limitado pues no toma en cuenta que *la sola posibilidad de esta transferencia incentiva la utilización de recursos reales adicionales para obtener y/o mantener una posición monopólica*, desviando así factores productivos para alcanzar o mantener una posición monopólica en vez de utilizarlos en la producción de bienes. Sería, por tanto, una pérdida real de bienestar asociada al monopolio⁸⁶. Dentro de esta fuente de ineficiencia encontramos a las actividades mercantilistas o rentistas (*lobbies*), caracterizadas por ser prácticas en el campo político para obtener privilegios y protecciones legales.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ “El principal argumento de los economistas es que los monopolios producen demasiado poco y lo venden demasiado caro, distorsionando los precios relativos y generando un pérdida de eficiencia social. En tiempos más recientes, los economistas han encontrado una segunda objeción a los monopolios: las ganancias extraordinarias incentivan a gastar recursos para preservar su posición monopólica, a través de un comportamiento rentista que puede ser aún más dañino para la sociedad” FERNANDEZ BACA, Jorge. *Op. Cit.* Págs. 128-129.

El tope superior de lo rentablemente gastable para alcanzar o mantener una posición monopólica es el beneficio monopólico esperado por el virtual monopolista o la transferencia de riqueza esperada⁸⁷, con lo cual existe una tendencia a que las ganancias monopólicas se conviertan en costos sociales en la misma magnitud. El tope inferior está constituido por el triángulo de la pérdida de eficiencia social, que por definición es la porción que al monopolista no le conviene producir.

A modo de ilustración, KIP VISCUSI, HARRINGTON y VERNON asimilan poco valor productivo a ciertas estrategias de publicidad a la conducta ineficiente de los monopolistas o aspirantes a monopolistas: *“esta conducta rentista también puede darse en la forma de excesiva competencia de factores distintos al precio. Supongamos que las firmas pueden coludirse de modo que el precio excede el costo. El atractivo de este margen de ganancia puede generar competencia intensiva en publicidad, dado que las empresas buscan ganar mercado. Dependiendo de cada estructura, esta publicidad puede tener poco valor social y simplemente ser el producto de la competencia por rentas. Históricamente, la publicidad socialmente ineficiente se relaciona con el mercado de cigarrillos. [...] La competencia de factores distintos al precio entre empresas coludidas o en sectores regulados puede generar excesivos gastos en calidad del producto, variedad, capacidad, así como publicidad”*⁸⁸.

Otra fuente de ineficiencia asociada al monopolio consistiría en que la pérdida de presión competitiva genera en el monopolista un desincentivo para minimizar sus costos o para innovar: V.g. Invertir en Investigación & Desarrollo. Ésta es la llamada *“Ineficiencia-X”*, nombrada así por el economista ruso Harvey Leibenstein en 1956. Debe notarse que si bien esta ineficiencia parecería inconsistente con la asunción de maximización de beneficios, es

⁸⁷ Por eso, según POSNER la transferencia de riqueza puede servir como indicador aproximado de parte de los costos del monopolio.

⁸⁸ KIP VISCUSI, HARRINGTON y VERNON. *Op. Cit.* Pág. 90. En el mismo sentido, POSNER: *“Si los consumidores valoraran los servicios adicionales (o lo que fuera el caso) generados por esta competencia por encima de su costo, presumiblemente estos servicios también se hubieran producido en un mercado competitivo de precios”*. POSNER, Richard. *Antitrust Law...* *Op. Cit.* Pág. 12. Pie de página 5.

posible que los gerentes en empresas grandes y monopólicas vean propicio sustituir sus propios objetivos individuales a los objetivos maximizadores de los accionistas, por lo que la Ineficiencia X podría darse sin contradecir una de las asunciones básicas del modelo neoclásico. Sin perjuicio de ello, Leibenstein estaba convencido de que el principio de la *minimización del costo* no era la regla sino, más bien, la excepción dentro de las organizaciones; y que solamente se cumple cuando existe algún tipo de presión externa a la organización. Evidentemente, en el modelo de monopolio no existiría tal presión externa ya que por definición no existen competidores actuales ni potenciales del monopolista.

4.4. Monopolio de libre mercado y monopolio legal.

Caracterizado así, parece innegable que técnicamente –leáse, desde el punto de vista de la eficiencia- que el monopolio es una situación terriblemente ineficiente y consecuentemente indeseable.

Sin embargo, debemos estar conscientes de que el modelo de monopolio describe sólo una situación hipotética cuyas conclusiones –i.e. todo lo que hemos dicho del monopolio hasta ahora- se sostienen única y exclusivamente en las condiciones de (i) imposibilidad de entrada e (ii) insustituibilidad del producto monopolizado. Dado que usualmente se caracteriza al monopolio como *una falla de mercado* –es decir, una situación que puede generarse espontáneamente- la pregunta que debemos hacernos es si estas condiciones pueden generarse en un mercado libre de intervención. En otras palabras, si en un mercado libre, es posible que surja un monopolio de estas características. POSNER percibe muy bien este problema y además le da una respuesta: Dado que en los mercados existe libre interacción entre individuos, señala que “*la posibilidad de entrada parece convertir al monopolio en un concepto puramente académico. Sin embargo -sigue- la entrada requiere a veces largo tiempo, o está prohibida, o el nuevo competidor no puede producir a un costo tan bajo*

como el de la empresa existente. Un ejemplo importante del impedimento a la entrada es el monopolio de protección gubernamental⁸⁹.

De acuerdo a esta opinión, podemos deducir que existe un *monopolio de libre mercado* (*free market monopoly*) y un *monopolio de origen legal*; distinción que no es relevante en el modelo neoclásico. Dentro de la primera categoría tenemos al monopolio puro y monopolios en los que si bien no hay imposibilidad de entrada, sí existen barreras económicas a la entrada *considerables* (usando los términos de POSNER). Dentro de la segunda categoría están todos los monopolios puros que se sustentan en un mandato legal (V.g. patentes o algunos servicios públicos) y monopolios –no puros– cuyas *considerables* barreras también se fundan en mandatos legales. Siguiendo esta clasificación, parece evidente que sólo el *monopolio de libre mercado* podría calificarse propiamente como una *falla del mercado*, ya que el *monopolio de origen legal* es por principio una modificación deliberada de los resultados de la competencia cuyas distorsiones no pueden ser imputadas a la interacción espontánea de los agentes de mercado.

No vamos a ocuparnos ahora del *monopolio de origen legal* porque éste es necesariamente producto de un proceso político. Aquí nos interesa saber si la competencia sin distorsiones de origen legal puede degenerar espontáneamente en un monopolio, tal y como los neoclásicos conciben éste, de manera tal que nos sea posible concluir si el Derecho de la Libre Competencia corrige una falla de mercado o no.

5. CRÍTICA DEL ARGUMENTO DE INEFICIENCIA EN EL MONOPOLIO DE LIBRE MERCADO

En primer lugar, es necesario repensar el concepto de “*pérdida de eficiencia social*” como última justificación técnico-económica para la aversión a todo

⁸⁹ POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho* [1992] Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1998. Pág. 262.

monopolio. Como ya hemos mencionado, esta pérdida de eficiencia se produce debido a que el monopolista restringe la producción y logra cobrar mayores precios, dejando inexploradas oportunidades de intercambio mutuamente beneficiosas, y obligando a los consumidores insatisfechos a migrar hacia el consumo de bienes sustitutos que son considerados menos valiosos.

5.1. Expectativas y ambigüedad del término “restricción”.

Al respecto, lo primero que debe tenerse claro es que no existe una producción objetivamente óptima, sino que todas las decisiones de producción son necesariamente parte de un proceso de ensayo y error guiado por el subjetivo criterio del productor, en un contexto de incertidumbre. Toda acción humana -y toda acción empresarial- es en sí misma un acto de especulación mediante el cual el hombre ajusta su comportamiento a un futuro que desconoce con certeza, esto es, ajusta su conducta en función al futuro que prevé: a sus *expectativas*. Si bien estas expectativas –construcciones del futuro esperado- pueden tornarse realidad o no, lo importante es que siempre provienen de la creatividad del actor de manera autónoma. Esta autonomía equivale a decir que si bien el actor vive permanentemente influenciado por su experiencia, por la opinión de los demás, por sus propias preferencias temporales y demás información que recibe, etc. estos factores no determinan fatalistamente sus expectativas. Por ejemplo, se sabe que en medio de la crisis financiera, algunos empresarios tienden a producir menos porque están temerosos de que en un futuro cercano la crisis se agrave y deban afrontar pérdidas. Ante ello, con mucho optimismo, el presidente Alan García (2006-2011) aseguró en una oportunidad que el Perú superaría la crisis y pidió a los empresarios “mayor decisión” para hacer negocios sin temor a los resultados, así como “audacia” a los inversores para poner en marcha sus obras⁹⁰. No obstante, si uno revisa estas afirmaciones a la luz del carácter especulativo de todo acto empresarial, lo único que podemos concluir válidamente es que estos “temerosos” empresarios tienen expectativas diferentes -más pesimistas- que aquéllas del presidente (dejando de lado, por un instante, la intención política de la

⁹⁰ Discurso Presidencial en evento: “*Compromiso por el Crecimiento Económico y el Empleo 2009-2010*”. Museo de la Nación, 09 de marzo de 2009.

sugerencia presidencial). Con ello queremos ilustrar cómo circunstancias materiales iguales permiten la generación de expectativas disímiles en diferentes personas. En todo caso, el presidente estaba expresando una *opinión empresarial* acerca del curso futuro de los eventos y en línea con esa opinión, exhortó a los empresarios a dar y sacrificar. Sin embargo, no existe ninguna base objetiva para determinar *ex ante* la superioridad de las expectativas optimistas del presidente por sobre las expectativas pesimistas de los temerosos empresarios. El único criterio válido para establecer qué expectativa es correcta consiste en verificar su ocurrencia práctica: *ex post facto*. Reprochar y calificar a los empresarios de “tímidos” oculta la asunción de que nuestra expectativa es la correcta y por ende, esconde sólo una opinión empresarial, difícilmente base para cualquier política o acción del gobierno.

De modo análogo, dentro de un contexto de incertidumbre, las expectativas son las que guían el nivel de producción. *Toda decisión individual de producción (incluida la cantidad producida) depende de las expectativas individuales sobre la futura demanda de bienes finales y de factores de producción; decisión que se retroalimenta y se corrige constantemente según los resultados parciales que el empresario va percibiendo (pérdidas o ganancias). A nivel social, la determinación de la cantidad producida en un momento determinado es un proceso dinámico pero incierto formado por cambiantes y ajustables decisiones individuales de producción, por lo que la idea de una producción social óptima en este contexto carece de contenido.*

Si bien es cierto que la determinación del nivel de producción de una empresa puede basarse en la combinación óptima de los factores de producción disponibles -según se sostiene en cualquier texto de microeconomía-, la información sobre los factores existentes, así como su cantidad y disponibilidad, la tecnología y métodos de producción aplicables, los costes, etc. nunca es perfecta, objetiva ni estática; de tal manera que los empresarios se ven irremediabilmente obligados a confiar en su habilidad para *interpretar* esa información incompleta e imperfecta de la que disponen para tomar decisiones de producción cuyos retornos sólo se verán en el futuro. *Reducir, por tanto, la determinación de la cantidad producida a una mera cuestión*

matemática de maximización de factores conocidos perfectamente es, por ende, sobre-simplificar lo que realmente sucede. Toda decisión de producción siempre constituye una verdadera apuesta de cara al futuro. Por ello decimos que las decisiones de producción son parte de un proceso de ensayo y error. Si esto sucede a nivel individual, lo único que podemos concluir a nivel social es que la competencia genera múltiples decisiones de producción, todas ellas imperfectas; y que no puede determinarse criterios acerca de algún nivel de producción social óptimo. No sólo las variables a nivel social pueden tornarse infinitas, incomprensibles o no cuantificables, sino que la propia información sobre ellas van cambiando en el tiempo.

Como consecuencia de lo anterior, hablar de *restricción de la producción social* es falaz porque la palabra restricción depende lógicamente de algún punto de referencia (“cantidad de producción no restringida”). ¿Restricción con respecto de qué? – sería la pregunta correcta. Evidentemente, la respuesta sería que la restricción está relacionada a un “*óptimo de producción social*”. Pero si este último concepto carece de sentido desde una perspectiva dinámica, entonces también carece de sentido el concepto de restricción.

5.2. Restricciones eficientes.

Bajo el marco teórico de la teoría neoclásica de la competencia y del monopolio, se dice que sólo el monopolista puede ganar más vendiendo menos que vendiendo más. Es decir, que sólo él puede ganar más restringiendo su producción. Sin embargo -y aquí podemos verificar la importancia nuestra discusión sobre las expectativas- el “especulador” es un contraejemplo. De hecho, cualquier inversor, *sea o no un monopolista*, que prevé un alza en el precio de un bien que posee -o que puede producir con factores de producción que posee- decidirá *retener* recursos para producir o venderlos en un siguiente período⁹¹. *En otras palabras, la producción y los bienes en general pueden ser retenidos para propósitos especulativos.*

⁹¹ Walter BLOCK ha ensayado varias explicaciones económicas con respecto a la razonabilidad de algunas restricciones. Ver: BLOCK, Walter. *Austrian Monopoly Theory – A critique*. En: Journal of Libertarian Studies. Vol 1, N° 04. Pág. 271 y ss.

Alguien podría pensar que esto es una “restricción” en el sentido negativo que le dan los teóricos del Derecho de la Libre Competencia; sin embargo, se embarcaría en la absurda tarea de sostener que todo “*ahorro*” -entendido como el no consumo de bienes- también constituye una restricción en ese mismo sentido negativo. El argumento *ad absurdum* va como sigue: Ahorrar implica siempre posponer el consumo actual de bienes debido a la expectativa de que el consumo de los bienes ahorrados en el futuro brindará mayor utilidad que su consumo actual. Esto mismo sucede con la restricción –monopólica o no- de bienes con propósitos especulativos. El vendedor elige no vender porque espera que los precios se incrementen en un período siguiente, vale decir, que a venta futura de sus bienes le generará mayor utilidad que la venta actual de los mismos. *De modo que reprochar al especulador sería reprochar todo ahorro.*

¿Por qué otras razones un empresario restringiría su producción? Podemos mencionar: su *preferencia temporal*. Mientras mayor sea la preferencia temporal del empresario -sea éste *monopolista o no*-, estará dispuesto a producir y vender más cantidad en un período de tiempo más corto con el objeto de obtener mayor liquidez y así recuperar los costos de producción incurridos rápidamente. Mientras menor sea la preferencia temporal del empresario, podrá producir a lo largo de un espacio más extendido, aprovechando mejor las economías de escala, y en general, las cambiantes oportunidades (en términos de precios y otras condiciones) que en dicho período espera que se le presenten. *Un corolario de esto consiste en que la noción de restricción de la producción necesariamente toma un arbitrario período de tiempo dentro del cual se mide la supuesta “restricción”.* Por ejemplo, asumamos que la empresa E produjo 100`000 unidades de bien en el año 2009. Seguidamente, obtenida una posición monopólica, produce sólo 50`000 unidades de bien en el año 2010. ¿Es eso prueba de una restricción monopólica? ¿Acaso no es posible que la empresa haya *aprendido* que producir 100`000 unidades en un año es un comportamiento apresurado e impaciente –acorde a su alta preferencia temporal de ese momento- y que ahora que no tiene tanta urgencia por recuperar costos en el corto plazo -baja

preferencia temporal- su producción de 100'000 debe hacerse cada dos años, en función a expectativas más prometedoras? Esto puede darse en cualquier empresa, *monopólica o no*, de acuerdo a su urgencia por recuperar costos en el corto plazo (alta preferencia temporal), o a su intención de expandirse (baja preferencia temporal: reinvertir y no recuperar costos en el corto plazo, sino en el largo).

Otros motivos para “restringir” la producción consisten en la conservación de los recursos y la utilidad del ocio. Con respecto a la conservación de los recursos, es harto conocida la tendencia de los recursos comunes para ser sobreexplotados en el corto plazo, impidiéndose así su conservación. La explicación de esta tendencia radica en que, al ser propiedad común, todos los individuos están incentivados a hacer uso del recurso común sin preocuparse por su mantenimiento. Consumen sin compensar generando externalidades. Se dice entonces que la asignación de derechos de propiedad privada sería una solución a este problema -usualmente conocido como la “tragedia de los comunes”- porque el propietario podría internalizar las externalidades mediante un uso racional del recurso y de esta manera evitar el despilfarro y ulterior destrucción del mismo. Pues bien, siendo posible la producción de 100, el propietario de los factores de producción (o el legitimado a hacer uso de ellos) podría decidir producir sólo 80, considerando que la producción de 100 es contraproducente con el futuro de su negocio. Por ejemplo, un granjero que tiene 10`000 gallinas podría venderlas todas; sin embargo, decide vender sólo 8`000 a efectos de reservar 2`000 destinadas para fines reproductivos. ¿Acaso esto es una “restricción” en el sentido negativo que los académicos de Antitrust adoptan?

Es cierto que la idea de conservación está implícita en los *costos de depreciación*, no obstante, aquélla rebasa este último concepto. Los costos de depreciación no son sino la expresión numérica del tiempo que un empresario está dispuesto a esperar antes de reemplazar un bien de capital y de la valorización a futuro del nuevo bien de capital a adquirir. Por tanto, siguen siendo expresión de una *decisión discrecional*. La restricción por motivos de conservación un concepto mucho más amplio que implica toda reserva,

articulada o no, contabilizada o no, dirigida a evitar la sobreexplotación de los recursos disponibles para la producción.

En cuanto a la utilidad del ocio, podemos decir que los ofertantes también pueden encontrar cierta utilidad al dejar de producir. Por ejemplo, una banda de rock que físicamente puede dar 100 conciertos en un año cobrando \$ 1 por entrada, podría optar por dar sólo 10 conciertos, esperando obtener \$ 8 por entrada (manteniendo invariable el número de asistentes a los conciertos), debido a que valora su descanso, su autoconservación. Estas consideraciones escapan en estricto a los costos de producción (precios pagados por los factores de producción) usualmente utilizados para calcular funciones de costos y niveles óptimos de producción. Corresponden al estricto concepto de *costo de oportunidad*, el valor subjetivo del fin alternativo no alcanzado. Nótese que los ejemplos se aplican tanto para ofertantes en escenarios competitivos como para escenarios monopólicos.

Finalmente, podemos mencionar que los ofertantes también pueden actuar como consumidores. BLOCK señala que todo consumo de recursos implica destruir el valor económico de esos recursos para otros. Si eso es así, incluso en el caso extremo de que los monopolistas quemaran deliberadamente parte de su producción para crear escasez y así restringir la oferta, tal destrucción implicaría el *consumo* de la producción quemada (es como si ellos actuaran como demandantes de tales bienes). Y esta conducta no debería sorprender a nadie por cuanto existen muchos recursos que se consumen quemándose: carbón, leña, petróleo, etc. Ergo, en nuestro ejemplo del monopolista, estaríamos frente a un consumo *inusual*, pero consumo a fin de cuentas. De modo general, *¿Por qué el monopolista no podría retener parte de su producción para su propio disfrute? El efecto económico es el mismo: menor cantidad de bienes disponibles para otros consumidores y una previsible alza en los precios.* Cuestionar las intenciones o los fines perseguidos por el empresario quemador de producción implica introducir juicios de valor sobre los fines, los mismos que igualmente podrían ser aplicables al pastor que ofrece ganado -quemándolo- a sus dioses. Nos apartaríamos de la ciencia económica

propiamente dicha y entraríamos al escabroso mundo de decidir qué fines son más valiosos que otros.

Todas estas motivaciones (la especulativa, la conservacionista, la basada en la preferencia temporal, etc.) son imposibles de distinguir de aquella alegada motivación “puramente monopólica”. Es más, BLOCK señala que ni siquiera el propio empresario puede diferenciarlas: *“Todo lo que el dueño del recurso (así como el economista) puede saber es que se pueden maximizar ganancias siguiendo un patrón temporal que implica vender menos cantidad que la deseada por el antimonopolista. El dueño calcula que en última instancia puede ganar más si vende menos ahora. ¿Su motivación es conservacionista o monopolista? Es imposible para nosotros dar una respuesta, así como es imposible para él. Todo lo que puede saberse a ciencia cierta es que este patrón temporal de ventas genera mayores ganancias que cualquier otro patrón. Pero esto mismo se puede decir de cualquier decisión empresarial: que un camino es mejor que el otro”*⁹². Esto equivale a decir que la motivación “puramente monopólica” para restringir la producción simplemente no existe. Es más bien una interpretación arbitraria de los observadores que tienen en mente una idea preconcebida del óptimo nivel social de producción.

La realidad es que *todas* las empresas restringen su producción en el sentido de que siempre es posible producir un poco más, pero no lo hicieron porque entonces obtendrían menos ganancias. *Todas* las empresas -monopólicas o no- *estiman* su propia demanda (expectativas) y producen una cantidad tal a la que creen que podrán cobrar el máximo precio posible, sabiendo además que la demanda por encima de dicho precio máximo será elástica, esto es, que podrá sustituir fácilmente el bien ofrecido. Si en el proceso de ensayo y error que hemos descrito, las empresas descubren que pueden incrementar sus ganancias produciendo menos, entonces habrán descubierto un *error* que antes había pasado inadvertido y procederán a producir menos en el siguiente período.

⁹² BLOCK, Walter. *Austrian Monopoly Theory... Op. Cit.* Pág. 272.

En síntesis, la “restricción de la producción” es un concepto falaz que pretende denotar un comportamiento negativo, pero que en realidad –considerando que no existe un referente objetivo a partir del cual podamos definir la restricción- expresa el comportamiento de toda empresa –monopólica o no- al tomar decisiones de producción.

5.3. Restricción y mercados aislados.

Ahora bien, existe otra cuestión no menos importante que ordinariamente se pasa por alto cuando se habla de la restricción de la producción y la consecuencia pérdida de eficiencia social en el monopolio. Anteriormente habíamos señalado que todas las empresas -de cualquier rubro- están en constante lucha por el escaso dinero de los consumidores, y que esto genera un proceso de competencia intersectorial -general, si se quiere- cuyo análisis es seriamente perjudicado debido al aislamiento presunto en los modelos de competencia perfecta y de monopolio. Precisamente, asumir arbitrariamente que el mercado de un bien determinado no tiene efectos sobre otros mercados permite llegar a las conclusiones erradas con respecto al *monopolio de libre mercado*. Así, se dice comúnmente que existe una pérdida de valor cuando los consumidores de un monopolista se ven forzados a sustituir su consumo por bienes alternativos a los ofrecidos por el monopolista. Al respecto, COLOMA sintetiza la posición mayoritaria de la doctrina Antitrust de la siguiente manera: *“El enfoque de equilibrio parcial es el que se usa con mayor asiduidad cuando se analiza el tema de la eficiencia en el contexto de casos de defensa de la competencia. Esto se debe a que el objeto de estudio suele ser un mercado en particular, y lo que interesa analizar son los efectos de los comportamientos de los agentes económicos y de la intervención pública en dicho mercado, haciendo abstracción de lo que sucede en otros sectores de la economía”*⁹³.

No obstante, si se tiene presente que el mercado es un proceso social dinámico y creativo que no se limita a las transacciones de un bien arbitrariamente definido –i.e. de “un” mercado-, sino que comprende al grueso

⁹³ COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia*. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2003. Pág. 30.

de interacciones económicas de toda la sociedad, entonces es fácil darse cuenta que la supuesta restricción monopólica en la producción de bienes “A” implica que los factores de producción no utilizados en la producción de “A” serán reasignados hacia la producción de otros bienes “B” porque el productor considera (en expectativas) que así obtendrá mayores ganancias. Dado que estas mayores ganancias para el productor significan que los consumidores están dispuestos a pagar mayores precios por el bien “B” que por el bien “A”, podemos concluir que -al menos a nivel de las expectativas del productor- esta reasignación es eficiente y satisface mejor a los consumidores. Recordemos que *en el mundo real de escasos recursos, toda producción significa restricción: producir más cantidad del bien “A” implica dejar de producir cierta cantidad del bien “B”*. La decisión de cuánto producir en uno u otro rubro es discrecional y depende de la información que se tenga disponible así como de las expectativas que se forjen a partir de aquélla. Si alguien está en desacuerdo con la cantidad producida en un momento determinado, tiene entonces la oportunidad de embarcarse en la producción de la cantidad que cree que falta producir y de ese modo obtendrá ganancias⁹⁴.

Considerando que lo anterior es aplicable para todas las empresas, resulta inadmisibles hablar de pérdida de eficiencia social cuando la restricción proviene de un *monopolio de libre mercado*: En primer lugar, porque -reiteramos- la restricción implica un inexistente referente objetivo de nivel de producción. El conocido “triángulo del peso muerto” (*deadweight loss*) termina siendo irrelevante, pues se genera a partir de una falaz comparación entre el modelo

⁹⁴ ROTHBARD, refiriéndose a una supuesta restricción en la producción de café debido a un cartel, señala:

“If there are anticartelists who disagree with this verdict and believe that the previous structure of production served the consumers better [aquella estructura cuya producción aún no había sido restringida], they are always at perfect liberty to bid the land, labor, and capital factors away from the jungle-guide agencies and rubber producers, and themselves embark on the production of the allegedly “deficient” 40 million pounds of coffee. Since they are not doing so, they are hardly in a position to attack the existing coffee producers for not doing so. [...] The position of the anticartelists implies that someone else is producing too much of some other product; yet they offer no standards except their own arbitrary decrees to determine which production is excessive”. ROTHBARD, Murray. *Man, Economy and State. A Treatise on Economic Principles* [1962]. The Ludwig von Mises Institute. Auburn, AL, 2001. Pag. 569.

de competencia perfecta y el monopolio⁹⁵. En segundo lugar, porque el funcionamiento del sistema competitivo no se ve disminuido si un productor decide producir más bienes “B”, restringiendo la producción de bienes “A”, bajo la idea de que esta asignación de factores le generará mayores ganancias. Monopolistas o no, todas las empresas lucrativas toman decisiones en ese sentido. Sostener que la restricción en un mercado concreto es ineficiente implica asumir que las decisiones tomadas en el mismo no tienen ninguna repercusión en otros mercados; i.e. en la producción de otros bienes. Y en tercer lugar, porque todo eventual error en la producción genera una oportunidad de ganancia que puede ser cubierta por cualquier otra empresa.

5.4. Imposibilidad de la demanda horizontal en competencia.

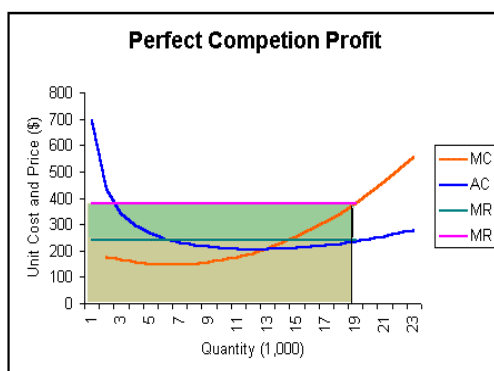
Otra manera de demostrar que es imposible distinguir entre la actuación de una empresa competitiva y una monopólica en un mercado no intervenido –es decir, cuando no hay barreras legales de acceso- es la siguiente. En competencia perfecta, el precio es una constante que no varía con la cantidad producida. El ingreso marginal es exactamente igual al precio recibido por esta última unidad y por ello la curva del ingreso marginal también es una línea horizontal que denota que un ingreso marginal constante.

Dado que todas las empresas maximizan sus ganancias produciendo hasta que el costo marginal se iguale al ingreso marginal, en competencia perfecta la empresa producirá hasta que la curva de sus costos marginales se interseque con la línea horizontal del ingreso marginal que, como dijimos, es igual a la curva de demanda.

Al contrario, se dice que en el caso del monopolio, la intersección entre costos marginales e ingresos marginales corresponde a una producción menor que la de competencia perfecta, pues la curva del ingreso marginal es menor (distinta) que la curva de demanda. En ese sentido, se prevé que lógicamente el

⁹⁵ Sin perjuicio de ello, la idea de que el triángulo del peso muerto constituye un costo social neto se basa en la asunción de que el dinero vale igual para todos los consumidores y todos los productores.

monopolista tenderá a producir menos restringiendo así la producción competitiva:



En el acápite anterior dijimos que el concepto mismo de *restricción* es falaz. Ahora bien, siguiendo a Dominick ARMENTANO⁹⁶, la situación de la empresa individual en competencia perfecta no solamente es una *imposibilidad lógica*, sino también una abierta *contradicción* con los propios postulados de la escuela neoclásica; y en consecuencia, bajo ninguna circunstancia puede servirnos como punto de comparación admisible para elaborar el concepto de “restricción”.

En efecto, es lógicamente imposible que ante el incremento o disminución en la oferta individual de una empresa competitiva el precio se mantenga igual, pues todo incremento o disminución de la oferta individual tiene un efecto -aunque sea mínimo- en la oferta total. Esto hace que si bien para efectos prácticos la demanda que enfrenta una empresa competitiva “parezca” una perfecta línea horizontal, en realidad, jamás lo es. Resulta simplemente inconcebible que así sea.

En cuanto al carácter contradictorio de la curva de la demanda horizontal, ARMENTANO señala que ésta no es una *función* en estricto. Una relación funcional implica que para cada valor de variable independiente, existe *un solo valor* de variable dependiente. En economía neoclásica, el precio es la variable independiente, mientras que la cantidad demandada es la variable

⁹⁶ ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust and Monopoly. Anatomy of a Policy Failure* [1982]. Segunda Edición. The Independent Institute. Oakland, CA, 1990. Págs. 22 y 23.

dependiente. Una demanda horizontal implicaría entonces que existen infinitos valores dependientes para cada nivel de precios. Ergo, no es una función⁹⁷.

¿Por qué es importante tener presente estas precisiones? De ningún modo resultan superficiales, pues *“si la curvas de demanda no pueden ser perfectamente horizontales ni siquiera en teoría, entonces toda la teoría ortodoxa de la mala asignación de recursos bajo competencia imperfecta simplemente se derrumba. El hecho es que si todas las curvas de demanda tienen pendiente negativa, los precios siempre serán distintos del ingreso marginal en toda venta. **Todos los vendedores [competitivos y monopolistas] ahora deberán restringir su producción al punto donde el costo marginal es igual al ingreso marginal y no al precio. Sin embargo, debe estar claro que dicha conducta ya no puede ser asociada únicamente con el poder de mercado, sino que al contrario, conforman la conducta y desempeño naturales de todas las organizaciones empresariales**”*

[...] *“Sin competencia perfecta tomada como estándar, el poder monopolístico y competencia monopolística resultan indistinguibles de cualquier situación de venta en la cual la empresa enfrenta demandas con pendiente negativa, en la que pretende maximizar sus beneficios igualando ingresos marginales con costos marginales”⁹⁸* (corchetes y negritas agregados)

Lo que advierte el autor es que *todas* las curvas de demanda –tanto en empresas competitivas como en empresas monopolísticas- siempre tendrán pendiente negativa, en mayor o menor medida. Y si eso es así, *entonces todas las empresas se comportarán como los neoclásicos creen que sólo se comportan los monopolistas*; esto es, restringiendo su producción en función a la maximización de sus ganancias. En una frase, ¡que *todos* los competidores son de algún modo monopolistas! Y esto no debería sorprendernos si nos percatamos todos los contratos también restringen el comercio, en el sentido

⁹⁷ ARMENTANO, Dominick. *Op. Cit.* Pág 23.

⁹⁸ *Idem.* Pág. 24.

de que cada intercambio cierra otras oportunidades de uso del recurso objeto del intercambio⁹⁹.

Por esa razón, carece de sentido lógico acusar al *monopolio de libre mercado* - es decir, uno emergente de la libre competencia- como una situación en la que se restringe una producción “que sí habría sido posible en competencia”.

La justificación técnico-económica del Derecho de la Libre Competencia apuntaba a evitar las restricciones monopólicas y la consecuente pérdida de la eficiencia social. No obstante, ahora hemos dejado claro que ambos conceptos son arbitrarios, muchas veces contradictorios, impertinentes al mundo real y sólo se pueden concebir dentro de un errado contexto de análisis estático-comparativo.

6. BARRERAS A LAS ENTRADA SUS ALEGADAS CONSECUENCIAS EN LA EFICIENCIA Y EL BIENESTAR.

6.1. Barreras a la entrada.

La imposibilidad de la entrada como condición del modelo de *monopolio puro* es a todas luces un supuesto irrealista. De plano esta condición nos garantiza que un monopolio de esta naturaleza, características y efectos no pueda emerger en un mercado libre de intervenciones, o lo que es lo mismo decir, que es imposible la existencia de un *monopolio puro de libre mercado*. Ni las conclusiones arribadas a partir del modelo del monopolio ni los efectos perniciosos –entiéndase, las varias ineficiencias- que se asocian a él serán aplicables ni pueden servir como referencia para diagnosticar las condiciones de competencia en el mundo real.

⁹⁹ Obviamente, para evitar esta paradoja las agencias de competencia se irrogan la tarea de discriminar entre restricciones deseables o no deseables, tarea para la cual utilizan la llamada “regla de la razón”.

Sin embargo, en doctrina Antitrust se ha desarrollado el concepto de *barreras a la entrada* que si bien no imposibilitan el ingreso al mercado, sí obstruyen la entrada de manera “*considerable y duradera*”, a tal punto que la empresa que ya opera en el mercado –empresa establecida- *puede ser considerada como si fuese un monopolista, y en consecuencia se le reputa con poder de mercado suficiente para restringir la producción y elevar los precios, generando así las ineficiencias propias del monopolio puro*. En este sentido, el concepto de *barrera a la entrada* viene originariamente atado al análisis de cuán competitivo es un mercado; esto es, si se aproxima más a la competencia perfecta, o al monopolio puro. Altas barreras a la entrada implicarían mayor poder monopólico y menos competencia.

La definición de barrera a la entrada, sin embargo, es muy polémica. Para Joe BAIN, hay una barrera si las empresas existentes elevan el precio por sobre sus costos sin inducir a ningún competidor potencial a entrar; por tanto, para él, todo costo de capital requerido, restricciones del gobierno, ventajas absolutas de las empresas existentes, mayor tecnología, control de la provisión de insumos, la curva del aprendizaje, etc. constituyen barreras porque dificultan o impiden la entrada de nuevos competidores¹⁰⁰. George STIGLER utiliza una definición más estrecha: una barrera es el costo de producir que debe ser asumido por las empresas que quieren entrar al mercado, pero que las empresas existentes no asumen¹⁰¹. Christian von WEIZSACKER concibe una definición mucho más lata y vaga: las barreras son limitaciones socialmente indeseables a la entrada de recursos debido a la protección de los propietarios de dichos recursos existentes en el mercado¹⁰².

En el Perú, se ha caracterizado a las barreras a la entrada como factores que impiden o disuaden a las empresas nuevas de entrar en una industria, incluso cuando las empresas establecidas registran utilidades¹⁰³. Al igual que la

¹⁰⁰ KIP VISCUSI, HARRINGTON y VERNON. *Op. Cit.* Pág. 168.

¹⁰¹ *Ibidem.* Pág. 169.

¹⁰² *Ídem.*

¹⁰³ FIGARI KAHN, Hugo; GÓMEZ APAC, Hugo; y Mario ZÚÑIGA PALOMINO. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. En: Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Año 01, N° 01. INDECOPI, Lima, 2005. Pág. 182. En el mismo sentido, FLINT, citando a la OCDE: “[las

definición de BAIN, esta definición de *barreras* está en función a un resultado particular; esto es, son definidas en función de sus efectos prácticos: la inexistencia o exclusión de otros competidores. Bajo esta noción, existen barreras estructurales y barreras estratégicas: Dentro de las *barreras estructurales*, se mencionan a (i) las de carácter *económico*, constituidas principalmente por las economías de escala, instalaciones esenciales y altos costos hundidos; y (ii) las de carácter *legal*, constituidas por las regulaciones, prohibiciones, privilegios expedidos por las autoridades estatales a favor de la empresa con dominio monopólico. Por otro lado, se dice que las *barreras estratégicas o de conducta* son los comportamientos empresariales que restringen o disuaden a las empresas potenciales de entrar a competir efectivamente. Tienen por objeto maximizar el beneficio económico presente y futuro, ponderando las pérdidas y ganancias de un período respecto de las pérdidas y ganancias de otros; y además orientan las acciones de la empresa para intentar influir el entorno del mercado en el cual se desempeña. En esta categoría de barreras podemos mencionar la excesiva inversión en capacidad instalada de producción o distribución, el excesivo gasto en publicidad y en el rubro de Investigación & Desarrollo¹⁰⁴.

El problema con estas definiciones es que además de ser muy amplias y maleables, sólo informan acerca del *grado de dificultad* de ingresar a competir a un mercado. *Ninguna de ellas imposibilita la entrada, salvo la prohibición legal, ni nos dicen nada acerca de la eficiencia o ineficiencia de las empresas que ya están operando, sino únicamente nos definen qué tan fácil o difícil les resulta a los competidores potenciales ingresar y rivalizar directamente con las empresas establecidas.* Si ello es así, entonces las barreras a la entrada no legales tienen poca relevancia para evaluar las llamadas “condiciones de competencia” en la estructura del mercado, y más bien, su determinación o eventual cuantificación corresponden a herramientas *prácticas* para la toma de

barreras de entrada] son los obstáculos que impiden o desalientan la entrada de nuevas empresas en un sector de la actividad, ***incluso cuando las empresas instaladas obtienen beneficios excesivos.*** Estas barreras son estructurales (no deliberadas), o estratégicas. Se les clasifica a menudo como barreras económicas en el primer caso, y barreras de comportamiento en el segundo” (negritas agregadas). FLINT, Pinkas. *Op. Cit.* Pág. 225.

¹⁰⁴ *Ibídem.* Pág. 183.

decisión empresarial, siempre subjetiva y arbitraria, tal como veremos a continuación.

Toda acción humana es por definición una conducta que persigue un fin. Es el valor de los fines lo que determina la valoración de los medios para alcanzar dichos fines. Aplicando esta simple idea a la discusión sobre barreras de entrada, las cantidades de dinero, la adquisición de bienes de capital y demás factores de producción, la necesidad de desarrollar propia producción y/o canales de distribución, de incrementar la producción hasta alcanzar importantes ahorros en costos, así como cualquier otro requerimiento para la entrada en cualquier mercado, son “medios” que se valorizan en función a las expectativas de ganancia que tienen los competidores potenciales individuales en circunstancias concretas. *El problema real para las empresas desafiantes consiste en saber si tendrán éxito o no.* “Altas” barreras a la entrada significan que los medios necesarios para entrar a competir en un mercado valen relativamente mucho en función a las ganancias esperadas. Invertir 10 millones de dólares en una obra de infraestructura vial (carretera) puede ser considerada una valla relativamente fácil de superar -baja barrera- si el inversor considera que tendrá un retorno suficientemente atractivo en un plazo razonable para él, proveniente del cobro de peajes a los vehículos que utilicen la carretera. La evaluación acerca de la facilidad o dificultad de entrada a un mercado es, pues, propiamente un *juicio* del competidor potencial sobre su propia capacidad para rivalizar exitosamente en un mercado definido arbitrariamente por él; habiendo expuesto en dicho juicio sus fortalezas y temores, así como su propia proyección sobre el curso futuro de los acontecimientos en dicho mercado (V.g. nivel de demanda, ingresos, competencia potencial, posibilidades de diferenciación, evolución de los precios de los factores de producción, etc.).

La estimación de la barrera también incluye la evaluación que hace el competidor potencial acerca del competidor ya establecido en el mercado. Si el competidor potencial considera que la *performance* de aquél es óptima, es evidente que será muy difícil competir con él y eventualmente los requerimientos (medios) para la entrada serán calificados como “altas barreras

a la entrada”. Esto significa que en el agregado los consumidores prefieren a la empresa establecida a tal punto que hacen difícil la posibilidad de consumir bienes de los entrantes competidores. En estos casos, la dificultad de entrada proviene en gran medida de la *preferencia* de los consumidores, hecho que de ningún modo puede ser indicio de un mercado poco competitivo, ni de algún misterioso poder de la empresa establecida sobre tales consumidores. En un caso contrario, si el competidor potencial cree que la empresa establecida está cometiendo una serie de conductas que no satisfacen completamente a los consumidores y, además, cree que su intervención podrá superar fácilmente la insatisfacción detectada, entonces los requerimientos para la entrada serían “barreras bajas”; pues estima que su desafío tiene mayor probabilidad de éxito. Dado que toda acción *revela* la persecución de un objetivo concreto, podemos decir que si un competidor potencial ingresa a competir efectivamente con la empresa establecida, entonces habrá *revelado* que sí detectó una oportunidad de ganancia; i.e. errores o descoordinaciones en el comportamiento la empresa establecida que pueden ser aprovechados por él. Por otro lado, si no ingresa, entonces podemos colegir que no ha detectado errores o que simplemente no se considera en capacidad de superarlos.

En este sentido, lo primero que debemos tener en cuenta es que el concepto de barreras de entrada no describe realidades objetivas de todo un mercado, ni su magnitud es la misma para todos los competidores potenciales, como usualmente se plantea. El concepto está necesariamente ligado a las expectativas de un competidor concreto en circunstancias concretas, que se definen según cómo evalúe el desempeño de la empresa establecida, su propia capacidad para mejorar dicho desempeño, así como las correspondientes magnitudes de las ganancias esperadas. Podemos hacer una analogía con los precios: los precios no son “altos” o “bajos” *per se*, sino que los individuos califican un precio –alto/bajo o mucho/poco- en función a la utilidad que esperan del bien, dentro de unas concretas circunstancias.

A modo de ilustración, no puede decirse “objetivamente” que un requerimiento de capital ascendente a US\$ 1’00,000.00 (Un millón de dólares americanos) para ingresar a competir en un mercado constituya una “alta” o “baja” barrera

de entrada. La calificación de “alta” o “baja” depende del competidor potencial en concreto: de su experiencia y *know how*, de la información de mercado que maneje, de su capacidad creativa y perspicacia, de su capacidad financiera, de sus alianzas estratégicas, etc. No es lo mismo que Bill Gates pretenda ingresar como competidor al mercado de automóviles que el grupo Wong, o que el constructor de moto-taxis. Cada uno de ellos enfrentará diferentes tipos de vallas o barreras. Es más, quizás para el primero de ellos el requerimiento de capital antes mencionado sea de importancia secundaria, mientras que el mismo requerimiento de capital puede tornarse importante en el segundo caso, y determinante en el tercer caso. Es posible también que el constructor de vehículos motos posea mejor información práctica sobre cómo tener éxito en el mercado de automóviles, y consecuentemente sea capaz de superar fácilmente la “alta barrera” del capital si creativamente logra asociarse con algún inversionista, en vez de financiar su proyecto mediante préstamos personales.

Si una empresa monopólica (*monopolio de libre mercado*) está logrando un 80% de margen de ganancia anualmente, ¿podríamos decir que existe allí una oportunidad de ganancia no explotada, o que existen altas barreras a la entrada solamente porque no tiene competidores?¹⁰⁵ Pues no. El hecho que competidores potenciales no hayan ingresado nos demuestra dos posibilidades: o bien nadie se ha percatado de la oportunidad de ganancia inexplorada, o bien nadie considera que es rentable ingresar a dicho mercado, pues pese a los márgenes de ganancia del competidor establecido, éste resultan ser tan eficiente que los competidores potenciales no podrían igualar sus costos ni lograr ganancias semejantes. Es decir, que el monopolista, a pesar de sus extraordinarias ganancias, sigue siendo mejor que cualquier otro potencial competidor. Nada nos indica que en dicho escenario hipotético la competencia sea débil, esté limitada por las alegadas barreras de entrada o provea resultados ineficientes. Vale precisar que tampoco podemos decir con certeza que el desempeño económico y los resultados de la empresa establecida sean óptimos; únicamente, que son más satisfactorios que los de

¹⁰⁵ Es posible que en el escenario descrito, alguien considere que la eficiencia del competidor instalado es una “barrera”. Sin embargo, dicha calificación tampoco nos dice nada acerca del carácter competitivo o no de un mercado, que es a lo que el concepto apunta a explicar.

los potenciales competidores. *Entonces, definir “barrera” en función del resultado excluyente -i.e. factores que impiden o disuaden a las empresas nuevas de entrar en una industria, a pesar que las empresas establecidas registran utilidades- es una definición inútil pues no nos dice nada del nivel de competencia o de eficiencia en esa industria. Dicho de otro modo, las barreras (no legales) no definen los “grados” del proceso competitivo.*

Con el fin de efectuar estas evaluaciones con mayor rigurosidad analítica, el competidor potencial puede utilizar técnicas de formalización escogiendo el conjunto de variables consideradas más relevantes, obteniendo información estadística o empírica acerca de estas variables, cuantificando e interpretando la información obtenida así como sus propias expectativas y, finalmente, haciendo el balance respectivo de los resultados esperados. *Estas técnicas aparentemente podrían objetivizar y homogenizar la magnitud de las barreras, sin embargo, vale precisar que tales técnicas sólo son herramientas que ordenan la toma de decisión empresarial. Al ordenarla, la vuelven más eficiente. Pero lo objetivo es la técnica, no su contenido. Estas herramientas de cálculo no convierten a los empresarios en computadoras automáticas ni sirven si lo que se pretende es medir objetivamente “las barreras de un mercado”.* Con ello, queremos reiterar que la noción de barreras a la entrada y su cuantificación resultan útiles para el ejercicio de la empresarialidad y no para medir científicamente las “condiciones de competencia”.

A pesar de lo dicho, se insiste que la discusión sobre barreras a la entrada es importante por dos razones: *“la primera es que el número de empresas activas está determinado parcialmente por el costo de la entrada, así como por otros factores como las economías de escala. Ergo, las condiciones de entrada juegan un rol importante en la determinación de la concentración. Segundo, las barreras de entrada determinan el ámbito de la competencia potencial”*¹⁰⁶. Sobre la base de tal razonamiento, los autores insisten que a mayores barreras de entrada, existe mayor concentración y menor competencia potencial; esto es, mercados menos competitivos, o más cercanos al monopolio.

¹⁰⁶ KIP VISCUSI, HARRINGTON y VERNON. *Op. Cit.* 3era. Edición. The MIT University Press. Cambridge, MA. 2003. Pág. 152.

Esto no es cierto. En cuanto a las *barreras estructurales de carácter económico*, ninguna de ellas demuestra la existencia de un mercado poco competitivo. En un mercado abierto, una mayor dificultad en la entrada sólo muestra que el competidor establecido ha desarrollado eficiencias técnicas y/o cuenta con las preferencias (V.g. fidelización) de los consumidores, de tal modo que bajo esta perspectiva, las barreras –contrariamente a lo que se cree– demuestran un alto nivel de competitividad. ¿Por qué? Veamos. Supongamos un escenario donde las empresas existentes invierten poco en bienes de capital, en alcanzar economías de escala, en mejorar la calidad, la tecnología, innovar, fidelizar, etc., de modo que resultaría fácil para muchos competidores potenciales ingresar y arrebatarse consumidores. Las barreras de entrada en este escenario serían “bajas”. Pero, ¿podríamos decir que estas empresas establecidas son competitivas? No. ¡Serían mediocres! Si las empresas se comportaran así, se volverían fácilmente desafiables, y en realidad, no estarían compitiendo. Al contrario, una empresa competitiva decide invertir para alcanzar grandes economías de escala, innova los productos o servicios que ofrece para diferenciarse, minimiza costos, utiliza y desarrolla los mejores canales de distribución para sí, amplía su producción a más etapas de la cadena productiva (crecimiento y/o integración), invierte en capacidad instalada para atender los vaivenes de la demanda y así hacerse con la preferencia de los consumidores; siempre con el objetivo de generar ventajas a su favor con respecto de los competidores potenciales. *Esta construcción deliberada de barreras de entrada expresa una decidida actitud por ganar la competencia dinámica en la que está inmersa. Y por supuesto, que un competidor esté ganando la competencia en un momento determinado no significa que no exista competencia o que ésta sea limitada. Al contrario, significa que la competencia está activa y que uno de los competidores la viene liderando imbatiblemente.* Claramente estamos hablando de una empresa muy competitiva. En este contexto, ¿cuál es la relevancia de que exista alta o baja concentración? Ninguna. *Bajo la teoría ortodoxa, estas virtudes competitivas - diferenciación de producto, economías de escala, inversión en canales de distribución, etc.- serían barreras y conllevarían mercados más alejados de la competencia perfecta y más cercanos al monopolio.* Pero tal conclusión sólo

puede arribarse desde la errada óptica de la competencia perfecta, de la economía del equilibrio, de la información completa y del paradigma estructura-conducta-desempeño. Recordemos que: (i) para el modelo de competencia perfecta, la existencia de múltiples empresas es un requisito o condición *sine qua non* y (ii) que el paradigma de la estructura-conducta-performance vincula estática y deterministamente la eficiencia del mercado con la estructura del mismo; i.e. que el número efectivo de competidores determina fatalmente el desempeño del mercado.

Ahora bien, con relación a las llamadas *barreras estratégicas o de conducta*, alguien podría preguntar: ¿Acaso éstas no tienen el objetivo perverso de restringir o disuadir a los competidores potenciales? ¿Acaso no son acciones de la empresa para intentar influir el entorno del mercado en el cual se desempeña? Es verdad, pero en realidad toda conducta competitiva está dirigida a encontrar y explotar nuevas oportunidades de ganancia y por ende extinguirlas para otros competidores; procurando siempre disuadirlos de entrar o de seguir en competencia (i.e. ¡excluirlos!). Siendo ello así, toda conducta competitiva sería en sí misma un deliberado intento por crear barreras estratégicas. Así pues, si se adoptara la premisa de que las barreras estratégicas generan mercados menos competitivos, caeríamos en *la contradictoria conclusión de que las conductas competitivas generan mercados menos competitivos*. Y ésta parece ser la creencia encubierta detrás de las normas de libre competencia, la cual fue expuesta claramente en una famosa decisión norteamericana:

“No era inevitable que ella [ALCOA] siempre pudiera anticipar incrementos en la demanda por lingotes y estuviera preparada para cubrirla. Nada la forzaba a doblar y redoblar su capacidad antes que otros entraran en competencia. Si bien insiste en que nunca excluyó a sus competidores, si nos ponemos a pensar, no hay exclusión más efectiva que acaparar cada nueva oportunidad apenas se presente, y enfrentar a cada entrante con nueva capacidad ya instalada dentro de una gran organización, teniendo

*a la vez la ventaja de la experiencia, conexiones comerciales y un personal de elite*¹⁰⁷”

Del mismo modo, como corolario de la existencia de la escasez, *toda* utilización de recursos en una línea de producción determinada *restringe* para otras empresas competidoras la utilización de esos mismos recursos en sus propias líneas productivas. La obtención y utilización de tales recursos, en perjuicio de esos competidores, constituye propiamente una *ventaja competitiva* -ganada gracias a la perspicacia de advertir los recursos y adquirirlos antes que los demás-, y no una amenaza a la competencia, “barrera estratégica” o acaparamiento. Sostener lo contrario conllevaría a una política de competencia cuyo objeto de sanción sería la *obtención de ventajas competitivas*, lo cual es contradictorio o paradójico¹⁰⁸.

Ejemplo de cómo muchas veces se confunde *ventaja competitiva* con *barrera a la entrada* –y del consecuente perjuicio en contra de la empresa dominante- es la decisión de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (*Federal Trade Commission*) en el caso *ReaLemon*. En ella se consideró que la marca de jugo de limón *ReaLemon*, bien lograda por la denunciada y fruto del proceso competitivo, constituía una barrera de entrada a dicho mercado, y que consecuentemente la “única” solución a dicha situación restrictiva consistía en la licencia forzosa de dicha marca a favor de cualquier competidor potencial:

*“Para que la competencia entre al mercado del jugo procesado de limón, las barreras a la entrada que yacen en la marca ReaLemon deben ser eliminadas. En consecuencia [...] el único remedio efectivo dados los hechos en el presente caso requiere que la marca ReaLemon sea licenciada a favor de las otras empresas que quisieran entrar en la producción, marketing y comercialización de jugo de limón procesado”*¹⁰⁹

¹⁰⁷ United States v. Aluminum Company of America, 148 F. 2da., (1945) Págs. 430–31.

¹⁰⁸ Robert BORK llamaba a esta contradicción “la paradoja del Antitrust” y sostenía precisamente que los criterios bajo los cuales se venía sancionando a las empresas denunciadas terminaban por afectar la propia eficiencia del sistema competitivo, elevando precios y protegiendo a empresas ineficientes. Ver: *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself* [1978] The Free Press. Nueva York, NY, 1993.

¹⁰⁹ KIP VISCUSI, HARRINGTON y VERNON. *Op. Cit.* (Cuarta Edición) Pág. 172.

Si bien es cierto que una marca posicionada es un factor que *dificulta* el éxito de cualquier competidor desafiante -circunstancia que está presente en cualquier mercado-, sólo puede considerarse como una barrera infranqueable - como sugiere la cita del caso- si asumimos que el proceso competitivo ha quedado inmovilizado o estático. No obstante, la realidad nos indica que las necesidades de los consumidores y sus magnitudes pueden cambiar naturalmente (V.g. consumidores empiezan a apreciar los limones naturales en vez del jugo procesado) e incluso debido a campañas llevadas a cabo por nuevos competidores (V.g. productores/importadores del limón que hacen publicidad a favor del consumo de productos frescos y naturales). Los propios potenciales competidores podrían integrarse y presentar una marca conjunta, invirtiendo lo suficiente como para alcanzar fijación y posterior fidelidad en sus consumidores. *Las posibilidades de evolución del mercado ni siquiera pueden imaginarse o preverse. Pensar que la inversión en una marca es una barrera implicaría negarle el carácter competitivo a la formación de marcas así como a los beneficios que trae consigo.* Una vez más, en dicho caso se confundió la eficiencia (desarrollo de marcas altamente valoradas por los consumidores) con conductas anticompetitivas o barreras estratégicas, afectándose así el verdadero proceso competitivo –“paradójicamente”, diría BORK- en nombre del proceso competitivo.

6.2. Barreras “artificiales”.

Para no caer en esta ambigüedad, se podría objetar esta conclusión precisando que las barreras estratégicas son aquéllas que: (1) *intencionalmente* se llevan a cabo para restringir o excluir la competencia, y (2) que *no están relacionadas con mejorar la eficiencia*. Esta posición es básicamente la del reconocido juez Robert BORK. Para él, las barreras a la entrada que perjudican la competencia sólo pueden ser barreras propiamente dichas cuando son “artificiales”. Esto es, aceptando que toda conducta competitiva genera exclusión, BORK sostiene que existe un *subconjunto* de conductas exclusorias que generan barreras artificiales o “exclusión impropia”:

“Lo que importa en el Antitrust es si existe o no barreras a la entrada artificiales. Éstas deben ser barreras que no sean expresiones de una

superior eficiencia, y que aún así impidan que las fuerzas del mercado operen -entrada o crecimiento de pequeñas empresas que ya estén operando en el mercado-, generando posiciones no basadas en la eficiencia. [...]

Una barrera de entrada artificial es, por supuesto, una práctica exclusoria”¹¹⁰

Si una barrera artificial no genera eficiencia (sólo genera costos) y tiene por objeto evitar la competencia vía exclusión de competidores, entonces por definición estaríamos hablando de *predación*. Al desarrollar su noción de barreras artificiales, BORK tiene cuidado en señalar correctamente que la predación por *price cutting* (o *precios predatorios*) no existe, o bien es extremadamente rara e indistinguible de una eficiente disminución de precios. La razón principal es que, al reducir precios por debajo de su costo marginal, el predador debe estar en capacidad de incrementar su producción para satisfacer la nueva demanda proveniente de estos precios más bajos, así como de la demanda que la víctima de la predación no puede satisfacer. Al hacerlo, el predador deberá vender muchas más unidades a pérdida que la propia víctima, incurriendo así en altísimos costos, a diferencia de su víctima. Es claramente una técnica contraproducente. Mientras estas pérdidas son reales, las ganancias esperadas por el “predador” son futuras e inciertas. A la incertidumbre y riesgos asociados debe descontarse a las ganancias futuras la tasa de interés, pues está financiando con ganancias actuales eventuales ingresos extraordinarios futuros. Por estas dificultades, más bien BORK sugiere que “*deberíamos buscar [otros] métodos de predación que no requieran que el predador amplíe su producción e incurra en costos desproporcionadamente altos*”¹¹¹. Y pone como ejemplo la interrupción de los canales de distribución, mediante la imposición de contratos de exclusividad.

Sin embargo, estos criterios para determinar cuándo estamos ante una barrera “artificial” fallan puesto que están limitados a un análisis *estático y arbitrario*, que abordaremos a continuación.

¹¹⁰ BORK, Robert. *The Antitrust Paradox... Op. Cit.* Pág. 311.

¹¹¹ *Ibidem.* Pág. 155.

6.3. El indebido análisis estático de las barreras a la entrada.

El problema social y económico de una teoría positiva de la competencia consiste en explicar cómo así, espontánea y permanentemente, los individuos actúan aprovechando beneficios rivales percibidos y permiten, desde la diversidad, complejidad e imperfección humana, una tendencia a la coordinación entre la producción de bienes y la satisfacción de los fines individuales.

El escenario natural de todo este proceso competitivo de interacciones es la incertidumbre y el desequilibrio. El desequilibrio implica que las oportunidades de intercambio mutuamente ventajoso existen y que aquéllos que posean información superior obtendrán ganancias al aprovechar estas oportunidades, *pero también que este resultado sólo será posible si las expectativas de los empresarios resultasen correctas*. Dado que esto no siempre es así, el propio mecanismo de pérdidas y ganancias a la que aquéllos están sometidos les obliga a afinar y disciplinar sus habilidades interpretativas y predictivas al percibir oportunidades de ganancias, aunque no eliminen la incertidumbre. El desequilibrio es, pues, el mundo real de decepciones y de sorpresas.

Si esto es así, la única barrera artificial a este proceso creativo sería la coacción real contra el ejercicio de la empresarialidad¹¹².

Con ello en mente, volvamos ahora a la tesis de las “barreras artificiales” propuesta por BORK. Los criterios de su determinación parten de una premisa colectivista y están alineados con la visión estática de la competencia; así como están en contradicción con el carácter dinámico, creativo y de desequilibrio del mercado. En primer lugar, la premisa colectivista no debería causar sorpresa, ya que la propia definición tradicional de economía asume la existencia de fines y medios “*de la sociedad*”, de tal modo que el problema económico se reduciría a definir la mejor manera de asignarlos dentro de esa

¹¹² Se hace hincapié en que la coacción debe ser real, es decir, una agresión o amenaza de agresión material, y no una interpretación psíquica de coacción.

sociedad¹¹³. Es fácil darse cuenta, además, que esta definición asume información *perfecta* y *estática*, en vez de *fluyente*, ya que da por sentada la existencia de *ciertos* recursos conocidos, los mismos que deben ser asignados a *ciertos* fines también conocidos. En segundo lugar, la visión que sustenta el criterio de “barrera artificial” es estática porque asume que un proceso competitivo que ya terminó, y que el conocimiento, las instalaciones y los recursos ya existentes deben asignarse eficientemente dentro de ese contexto “final”. Desde esa visión, las posiciones ganadas por las empresas establecidas son posiciones ciertas e impenetrables. No se concibe la posibilidad de que en ese *status quo* existan genuinos errores empresariales –propios del desequilibrio- que generen oportunidades de reasignación de recursos, ni que existan empresarios que desarrollen nuevos bienes, nuevas maneras de producir y de llegar al público, capaces de detectar y sacar provecho de aquéllos errores que sus competidores están cometiendo.

El ejemplo de “barrera artificial” propuesto por BORK resulta útil para ilustrar este punto. Consiste en que el monopolista celebre contratos de exclusividad con todos los canales de distribución impidiendo así la entrada o el crecimiento de sus rivales. No obstante, tal como dijimos antes, dicha barrera artificial sólo puede serlo si consideramos que el proceso de mercado ya terminó (perspectiva estática) y que debemos reasignar “lo que ya existe” del modo más eficiente posible (maximización de variables conocidas). BORK reconoce que en cualquier negocio, los patrones de distribución se desarrollan con el paso del tiempo, y que aquéllos que se desarrollan son más eficientes que los patrones que no. Pero, utilizando este mismo criterio del autor, podemos decir que el hecho de que ciertos canales de distribución hayan persistido en el pasado no significa que sean óptimos hoy en día, y menos aún, que vayan a seguirlo siendo en el futuro. Si a ello le agregamos la posibilidad del error empresarial, entonces podemos colegir que el hecho de que un monopolista

¹¹³ Sobre el colectivismo de la ciencia económica ortodoxa, RAND señala: “Los economistas políticos -incluyendo los partidarios del capitalismo- definieron su ciencia como el estudio de la administración, dirección, organización o manipulación de “los recursos” de una “comunidad” o país. No definieron la naturaleza de los “recursos”, puesto que se daba por sentado que eran de propiedad comunal y se suponía que el objetivo de la economía política era estudiar las formas en que dichos “recursos” se podían emplear en favor del “bien común” (traducción libre). En: RAND, Ayn (Compiladora). *Capitalism. The Unknown Ideal*. Signet, Nueva York, 1986. Pág. 2.

pretenda acaparar para sí los canales de distribución desarrollados en el pasado, en nada afecta al desarrollo del proceso competitivo, dada la posibilidad de que los rivales -ejerciendo su capacidad empresarial- aprovechen los canales de distribución que se vienen gestando incipientemente hoy, o que por su cuenta desarrollen sus propios y mejores canales de distribución, desarrollándolos ellos mismos o entablando todo tipo de relaciones contractuales con otros empresarios para dicho fin. Hoy en día, con la masificación del Internet, esto es mucho más patente. Ya no es necesario depender –por ejemplo- de los supermercados, de las grandes tiendas por departamento o de los centros comerciales para colocar productos. En realidad, nunca hubo tal fatídica dependencia. A la vista tenemos ejemplos de empresas que antes de la masificación del Internet ya habían invertido en diferenciar sus productos, lo que les permitió abrir sus propios canales de distribución (V.g. cadenas de tiendas propias o compartidas, televentas, marketing multinivel, etc.). En la práctica, esto no es sino el aprovechamiento de economías de escala y la extensión de la propia actividad económica hacia más etapas del proceso productivo de un bien determinado. Pero el uso masivo del Internet se ha vuelto una verdadera revolución en todas las etapas del proceso de colocación de productos (V.g. *Retail E-commerce*).

Sin perjuicio de lo anterior, el dominio de los canales de distribución desarrollados en el pasado por parte del monopolista sólo puede sostenerse mientras que no exista demanda suficiente por los productos ofrecidos por los rivales o potenciales rivales. Cualquier insatisfacción de los consumidores –V.g. ante algún intento de elevar precios o disminuir calidad de parte de la empresa establecida- genera en ellos mayor demanda por productos nuevos o alternativos y, en consecuencia, considerando que, a su vez, los competidores demandarán todo lo que sea necesario para satisfacer la demanda final (i.e. factores de producción), también generarán demanda por nuevos canales de distribución. Esta nueva demanda por canales de distribución tenderá a ser satisfecha por cualquier empresario-distribuidor que desee ganar dinero. Y estos nuevos empresarios no necesariamente deben empezar de cero. Pueden adaptar o ampliar cadenas de distribución de otro tipo de bienes (ya existentes)

a la distribución del bien cuyos canales de distribución han sido acaparados por el monopolista, aprovechando así economías de escala y/o del alcance.

En suma, las llamadas barreras artificiales sólo podrían representar un problema para el proceso competitivo si éste es concebido estáticamente y limitado a una porción del proceso económico-social, relativo a un bien arbitrariamente definido como relevante.

6.4. La arbitrariedad en el análisis de las eficiencias.

Habíamos señalado que el criterio refinado de BORK sobre las barreras artificiales suponía una perspectiva estática -pues se contradice con la naturaleza de la competencia- y que además era “arbitrario”.

Según el DRAE¹¹⁴, el vocablo “arbitrario” proviene de “arbitrio”, que es la “1. *Facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra.* [...] 3. *Voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho*”. Dado que el *apetito* y el *capricho* no son sino preferencias que no se han racionalizado explícitamente, al margen de consideraciones éticas, queda claro que *lo arbitrario* es producto de la preferencia subjetiva, no articulada ni explícitamente justificada. Las decisiones humanas son siempre arbitrarias en ese sentido, pues se fundan últimamente en la realización de fin preferido en concordancia con un juicio de valor. Al contrario, el objetivo de las ciencias es trascender este velo de subjetividad, de juicios de valor y de preferencias para obtener conocimiento articulado, racionalizado, general y libre de juicios de valor¹¹⁵.

Al explicar su criterio de barrera artificial, BORK aludía a que la conducta debe ser exclusoria y que además no debía basarse en la eficiencia. Pero reconoció que muchas conductas que podrían calificarse como barreras estratégicas o artificiales también podían crear eficiencias:

¹¹⁴ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (DRAE). Edición 23va.

¹¹⁵ Esta diferencia será mejor aclarada y desarrollada en el Capítulo IV.

“There is a further complication, moreover, in that the behavior involved will often be capable of creating efficiencies. Thus, the law cannot properly see predatory behavior in all unilaterally enforced changes in patterns of distribution”.

Pues bien, esta llamada “*complicación adicional*” resulta concluyente contra su argumento. En un contexto de desequilibrio, donde justamente los empresarios pugnan por descubrir las estrategias más eficientes mediante el ensayo y el error, ¿cómo distinguir las conductas competitivas y eficientes de las conductas estratégicas que crean barreras artificiales? Si bien es cierto que es posible explicitar los principales beneficios y costos en cada operación comercial o conducta denunciada, no es posible hacer un análisis objetivo del valor de cada uno de estos beneficios y costos para determinar así si una conducta es eficiente o no. A nivel individual, siempre será necesaria una decisión *arbitraria* basada en juicios de valor, lecturas de mercado y expectativas empresariales. Es más, tales decisiones se toman considerando *globalmente* el conjunto de términos y condiciones de la operación bajo análisis, cuyos efectos beneficiosos y perjudiciales no siempre están explícitamente articulados pero, sin embargo, cuentan de modo importante. Ahora bien, a nivel social, un pretendido análisis objetivo es ciertamente imposible. Si –según la cita- BORK acepta que las barreras artificiales pueden generar eficiencias, entonces la única manera de analizarlas consiste en determinar cuánto valen estas eficiencias –para la sociedad- en comparación con las ineficiencias que provocan. Y esta determinación de valores no puede sino ser *arbitraria*, porque incorpora preferencias, juicios de valor, lecturas de mercado y expectativas.

Justamente el proceso de competencia se justifica porque no conocemos *a priori* cuál es la estructura de mercado más eficiente para el caso concreto, ni los métodos de producción más eficientes, el tamaño más eficiente de una empresa –V.g. si debe incorporar o no los canales de distribución-, los bienes más valorados, el rango de precios a los que se arribaría, etc. La competencia es valiosa porque nuestro conocimiento sobre cuáles arreglos son más eficientes que otros se va generando conforme los empresarios van descubriendo desajustes o ineficiencias y actuando para corregirlas dentro de

un proceso de incertidumbre y desequilibrio. Es imposible, por ende, que la agencia de competencia se irroge una supuesta capacidad omnisciente de establecer, desde un rol de tercero imparcial, cuándo una conducta es social y netamente eficiente. *Cualquier decisión al respecto sería arbitraria, de la misma naturaleza que las decisiones especulativas y falibles de los empresarios.*

Una manera de ilustrar esta arbitrariedad es el caso de Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. (productores y distribuidores de lejía) contra Quimpac S.A. (productor de químicos, entre ellos hipoclorito de sodio) y Clorox Perú S.A. (productor y comercializador de lejía)¹¹⁶. Quimpac prácticamente había tercerizado la distribución de su producto (hipoclorito de sodio) a través de Clorox Perú S.A. mediante un contrato de exclusividad. Ambas empresas estaban colaborando entre sí. Según alegaba Quimpac S.A., este mecanismo le traía numerosas ventajas, tales como entablar relaciones comerciales con una empresa sólida y multinacional como Clorox, ganar ciertos conocimientos prácticos o *know how*; al igual que eficiencias, principalmente ahorros en costos de transacción: colocación, negociación y cobranza de la venta pormenorizada de su producto, así como el traslado de responsabilidad por costos ambientales, evitar investigaciones y demás riesgos asociados al narcotráfico, entre otros. En un escenario de desequilibrio e incertidumbre, este tipo de contratos es coherente con la dinámica del proceso competitivo. Sólo por mencionar una de las eficiencias alegadas, ¿cuánto valía para Quimpac evitar preocuparse de colocar su producto, negociar y cobrar, es decir, asegurar la venta de lo que producía? Determinar el valor de esa ventaja en concreto es arbitrario pues proviene de una preferencia. Sin embargo, la Comisión de Libre Competencia¹¹⁷, en una resolución confirmada en segunda instancia¹¹⁸, analizó cada una de estas eficiencias por separado -como si las decisiones empresariales se tomaran de esa manera- opinando que para llegar a esas eficiencias *no era necesaria la exclusividad a favor de Clorox*, y que no se le había acreditado fehacientemente las ventajas de dicho contrato para el

¹¹⁶ Expediente N° 003-2003/CLC.

¹¹⁷ Res. N° 005-2008-INDECOPI/CLC de fecha 22 de febrero de 2008.

¹¹⁸ Res. N° 068-2009/SC1-INDECOPI de fecha 24 de febrero de 2009.

mercado. *Es decir, para la agencia de competencia, las eficiencias alcanzadas no justificaban la celebración de un contrato de exclusividad.*

Esto es particularmente revelador porque, al señalar que el acuerdo de exclusividad no era necesario para los fines perseguidos, la agencia de competencia se sustituyó en la opinión discrecional y subjetiva del empresario. La paradoja radica en que la agencia de competencia ya no era más un tercero veedor -y no podría serlo- sino que había entrado en la arena empresarial como un jugador más, tomando decisiones empresariales sobre qué arreglos contractuales son más eficientes que otros. Y además, desde la perspectiva de la agencia, las empresas tenían la carga de “acreditarle” a este jugador que sus decisiones generan ventajas para el mercado en general. Bajo ese criterio, bien podría prohibirse absolutamente cualquier contrato de exclusividad o cualquier integración si la agencia de competencia considera empresarialmente que los beneficios de éstos pueden alcanzarse por “otros medios”, separadamente. Ello sin mencionar la decisiva influencia del modelo de competencia perfecta en la noción de un mercado competitivo, que al caso bajo comentario puede resumirse así: *“La fragmentación es lo ideal, mientras que toda integración debe acreditar su eficiencia social ante la agencia de competencia”*.

A ello se debe agregar que, dentro del procedimiento, la denunciada Quimpac presentó una relación de veinticinco empresas nacionales que tendrían la producción de hipoclorito de sodio dentro de su giro comercial, que estarían debidamente inscritas en el Registro de Productores Industriales Nacionales (RPIN) y resultarían importantes competidores potenciales, máxime si la inversión requerida para la producción de hipoclorito de sodio en plantas de reducida escala no sería prohibitiva. Dada la relativa facilidad de ingreso al mercado, podemos deducir que la competencia potencial en ese mercado no se materializó debido a varias razones: (1) las acciones concretas de las denunciadas Quimpac y Clorox no habrían generado un incremento de precios atractivo a aquellos potenciales competidores; (2) debido a falta de inversión en investigación, (3) elevada aversión al riesgo; (4) carencia de iniciativa empresarial por parte de tales empresas, etc. Tal como puede apreciarse,

ninguna de ellas tenía relación con alguna limitación o restricción del proceso competitivo imputable a Quimpac y Clorox.

La decisión del INDECOPÍ antes mencionada ilustra cómo ya no son los consumidores, en el marco dinámico del proceso social, los que deciden qué conducta es eficiente y qué no, sino la agencia de competencia, actuando desde un supuesto pero negado punto de vista técnico y objetivo. Ya no es el mecanismo de pérdidas y ganancias el discrimina qué prácticas resultan beneficiosas para la sociedad, sino el análisis bienintencionado pero pretencioso de la agencia de competencia.

BLOCK ya había previsto esta situación cuando señalaba que: *“Un problema con esta perspectiva es que termina por adjudicarle a las cortes el rol de determinar si una particular organización industrial o un contrato ahorra costos o no. Pero los jueces no tienen ninguna ventaja comparativa para hacer tales determinaciones”*¹¹⁹.

6.5. La excesiva inversión como barrera estratégica.

Tradicionalmente, se menciona como ejemplos de barreras estratégicas a la excesiva inversión en capacidad instalada de producción o distribución, al excesivo gasto en publicidad, y al excesivo gasto en investigación y desarrollo. Pero nuevamente estos conceptos resultan demasiado ambiguos y gaseosos como para ponerlos en práctica sin caer en la arbitrariedad. Para calificar estas inversiones como “excesivas” se requiere tener una noción previa de la cantidad “correcta” o “eficiente” de inversión. O al menos, conocer ciertas condiciones que nos garanticen un correcto nivel de inversión. Esto es muy importante porque usualmente se alega que las barreras estratégicas no están relacionadas con una mejora en la eficiencia, de modo que para alcanzar semejante conclusión en un caso concreto, debe poder conocerse con certeza que una conducta no abona a la eficiencia. Sin embargo, como ya adelantamos, es imposible conocer esto objetivamente: siempre se va a

¹¹⁹ BLOCK, Walter. *Total repeal of Antitrust Legislation. A critique of Bork, Brozen and Posner.* En: *The Review of Austrian Economics.* Vol. 08, N° 01, 1994. Pág. 37.

requerir de una estimación empresarial que juzgue si una conducta es eficiente o no, siendo irrelevante que esta estimación provenga de una agencia de competencia políticamente independiente.

Tomemos el caso de la *inversión en capacidad instalada*. Desde la óptica de un mercado dinámico en el cual los empresarios actúan con conocimiento imperfecto, invertir en capacidad instalada significa tener bienes de capital suficientes para ajustarse a los cambios previstos y también reducir los riesgos perniciosos de cambios imprevisibles. Para el observador externo, tal inversión puede resultar un desperdicio ineficiente de recursos, pues no son utilizados físicamente en la producción; no obstante, las acciones individuales no se guían por las condiciones materiales sino por las ideas –fines, valores, expectativas- de los actores. Por ejemplo, la futura aparición de nuevos competidores a quienes hacer frente es también un cambio -cambio futuro en la oferta- que requerirá una adecuada respuesta por parte del competidor ya establecido. Si invertir desde hoy en tal adecuada respuesta es calificado como una conducta “*acaparadora y anticompetitiva*” en el sentido del caso ALCOA antes citado, entonces podemos concluir que para los defensores del Derecho de la Libre Competencia, “lo competitivo” en estos casos sería que la empresa establecida permita a los demás competidores aprovechar oportunidades no explotadas, lo cual paradójicamente ya no sería una competencia, sino una repartición de mercados.

Es vano insistir en que el problema es la “excesiva inversión” y no la inversión propiamente dicha. La cantidad de recursos utilizados en ampliar la capacidad instalada siempre se determina en función a las expectativas empresariales de los cambios futuros en el mercado. Invertir en tales contextos es ajustarse a la incertidumbre. *La acción de calificar de “excesiva” o “diminuta” una inversión cuando no se condice con la eficiencia, oculta la asunción de que las expectativas empresariales de la agencia de competencia son superiores a las expectativas del propio inversor.* Pero en realidad, la tendencia es al revés: las expectativas de los inversores tienden a ser superiores a las de un tercero observador, pues aquéllos cuentan con información y experiencia de primera mano (conocimiento de circunstancias particulares) así como incentivos

(mecanismo de pérdidas y ganancias) para afinar y mejorar su perspicacia y así generar expectativas correctas.

Con esto no se quiere decir que las decisiones empresariales no estén sujetas a error. Lo único que se pretende es mostrar que no hay forma de conocer objetivamente y *ex ante* el acierto o desacierto de una decisión empresarial: su eficiencia o ineficiencia social neta. Si la decisión empresarial de expandir capacidad instalada resultara ser ineficiente *ex post facto* -i.e. no sirvió para cubrir los cambios previstos, o éstos no se dieron- entonces la empresa habría incurrido en pérdidas, lo cual obligaría a la empresa a modificar su conducta. Incluso si la empresa incurriera intencionalmente en estas pérdidas con el fin de mantener a los competidores potenciales alejados, esta conducta tendría los límites naturales de toda conducta predatoria, y finalmente fracasaría. Aquí podríamos aplicar el criterio de BORK por el cual “*deberíamos buscar métodos de predación que no requieran que el predador amplíe su producción e incurra en costos desproporcionadamente altos*”. En primer lugar, porque sería una conducta muy costosa como para que pueda ser sostenible, ya que no sólo se trata de los costos de adquirir la nueva capacidad instalada, sino también el costo de oportunidad por no obtener un retorno competitivo de estos nuevos bienes de capital (pues en principio, no producen físicamente nada), así como el costo de su conservación y depreciación. *Desde esta perspectiva, las potenciales empresas pequeñas son las que mejor podrían soportar pérdidas temporales, precisamente porque trabajan a una escala mucho menor y, en consecuencia, estarían incentivadas sólo a retardar estratégicamente su ingreso mientras las pérdidas de la empresa establecida se acumulan.* Asimismo, esta conducta de despilfarro por parte de la empresa establecida revelaría un excesivo margen de ganancia que incentivaría el desarrollo de estrategias para una entrada agresiva por parte de las empresas potenciales. Atraerían la atención de inversores o empresas grandes para desafiar la *totalidad* del mercado en cuestión, con lo cual la empresa establecida tendría que duplicar a pérdida su capacidad instalada. Incluso si las desafiantes fueran pequeñas, nada les impediría colaborar entre sí o integrarse con el mismo fin.

Ahora bien, sin perjuicio de las dificultades propias de incrementar la capacidad instalada a pérdida, el análisis ortodoxo de *las barreras estratégicas* o de *conducta* asume que los bienes ofrecidos por la empresa establecida y los competidores potenciales son *homogéneos*, así como que todas las empresas tienen la misma estructura de costos, por lo que enfrentarían iguales barreras. No obstante, la competencia abierta y dinámica permite innovar todo aspecto del proceso productivo a tal punto una tecnología o un producto suficientemente novedosos podrían: (i) volver *inútil* una eventual excesiva capacidad instalada del competidor establecido, convirtiéndola en pérdida; o bien, (ii) esta excesiva capacidad instalada sería adaptable a un alto costo para el predador que pretendiera competir directamente con el nuevo producto introducido por el competidor.

Todo lo dicho con respecto de la excesiva inversión en capacidad instalada puede decirse del *excesivo gasto en publicidad*, con especial atención en la imposibilidad de calificar un gasto como “excesivo”, sin estar emitiendo una opinión de tipo empresarial.

Incurrir en costos tiene por objetivo vender, y por ende, todo incremento de costos está destinado desde un principio a ampliar la demanda prevista: mejor sabor, una envoltura más llamativa, mayores anuncios, mejor servicio post-venta, etc. Los costos de publicidad no se diferencian de estos costos de producción, pues forman la parte final de la cadena pre-venta. *Cuánto invertir en publicidad es una decisión análoga a cuánto invertir en mejorar el sabor de un producto, en mejorar su envase, en tener más canales de distribución del producto, etc.* Todos ellos son costos que incrementan la posibilidad de venta.

La esencia del argumento de que la publicidad constituye una barrera de entrada es que a las empresas nuevas se les hace difícil conseguir consumidores debido a que la publicidad ata éstos a las empresas existentes. En ese sentido, aquéllas enfrentan la tarea de hacer nueva publicidad a su favor a fin de remontar la publicidad realizada por las empresas establecidas. Sin embargo, esta posición olvida que la publicidad constituye un costo que los consumidores están pagando a través de su consumo y, por ende, sí es

productiva. Si realmente dicha sobre-inversión fuera improductiva, sería muy fácil para cualquier competidor obviar incurrir en este costo y reducir sus precios.

Tal como señala el mismo BORK: *“Sin embargo, usualmente se objeta que la publicidad tiene un efecto de largo plazo, que la empresa establecida goza de los beneficios de la publicidad efectuada en el pasado. Si ello fuera cierto, tal proposición no demostraría una barrera artificial. Simplemente significa que la publicidad y la reputación que crea son activos de capital”*¹²⁰

Además de ello, debe tenerse en cuenta que una publicidad ineficiente podría tener efectos contraproducentes a los deseados por la empresa establecida, ya que además de ser pérdidas netas, podrían causar hastío o aburrimiento, situación fácilmente aprovechable por potenciales competidores. En términos más precisos, la inversión en publicidad también está sujeta a la *ley de rendimientos decrecientes*, que establece que, a igualdad de circunstancias (*ceteris paribus*), el incremento de uno de los factores de producción genera productividad marginal decreciente.

Por otro lado, si se cuestiona un excesivo gasto en publicidad, ¿Por qué no se podría cuestionar también un excesivo gasto en cualquier otro costo de producción? Quienes siguen manteniendo que la excesiva publicidad constituye una barrera de entrada expresan una común *sobrevaloración* de este costo concreto dentro de la cadena de producción, con respecto de los demás; error que MISES describe así:

*“Es un error harto extendido suponer que una propaganda hábilmente dirigida es capaz de inducir a los consumidores a comprar todo aquello que el anunciante se proponga. Según esto, el consumidor se hallaría completamente indefenso ante una publicidad enérgica. El éxito o fracaso en el mundo mercantil dependería exclusivamente del elemento publicitario.”*¹²¹

¹²⁰ BORK, Robert. *The Antitrust Paradox*. Op. Cit. Pág. 315.

¹²¹ MISES, Ludwig von. *La Acción Humana. Tratado de Economía*. Op. Cit. Pág. 387.

Piénsese por ejemplo en una excesiva publicidad de los fabricantes de velas, y la inverosímil posibilidad de éstos para arrebatárles el mercado a los fabricantes de bombillas eléctricas. Naturalmente, un anuncio puede inducir a una persona a adquirir determinado artículo que no habría comprado si hubiera sabido de antemano las condiciones reales del mismo, sin embargo, el efecto de la propaganda -como estrategia para expulsar del mercado a los rivales- requiere necesariamente que el consumidor pueda comprobar personalmente la bondad del producto anunciado. Si el consumidor considera que el producto tenazmente anunciado no brinda la satisfacción esperada, entonces siempre podrá dejar de consumirlo o empezar a consumir el producto rival. Tal como reza el dicho de Abraham Lincoln: *“Puedes engañar a todos por algún tiempo, puedes engañar a algunos todo el tiempo, pero no puedes engañar a todos todo el tiempo”*.

Insistimos, entonces, que cuestionar el excesivo gasto en publicidad o en capacidad instalada permitiría cuestionar el excesivo gasto en cualquier otro costo de producción, lo que traería consigo la regulación propiamente dicha de la actividad económica bajo análisis, y no una mera “corrección” del funcionamiento de la competencia.

6.6. Requerimientos de capital.

Otro de los errores más recurrentes consiste en considerar que altos requerimientos de capital constituyan por sí mismos altas barreras a la entrada. Hay que insistir desde un inicio que la calificación de las barreras de entrada son necesariamente valoraciones que empresarios concretos realizan en función de las oportunidades de ganancia que perciben y de las propias expectativas de poder superar el desempeño general de la empresa establecida.

La exigencia de invertir altos montos de capital para ingresar en un mercado es el resultado del hecho de que para producir rentablemente es necesario producir a bajos costos a través de producción a larga escala y métodos de producción intensos en capital. *Si el objetivo de producir a costos bajos no*

existiera, entonces tampoco existirían estos altos requerimientos de capital. Ergo, en realidad, éstos reflejan la eficiencia del competidor establecido, pues éste ya produjo (o adquirió) los bienes de capital necesarios para lograr estos ahorros. Como mencionamos anteriormente, las empresas, al reducir permanentemente sus costos mediante producción intensiva en capital, en efecto están limitando el acceso a los competidores ineficientes cuya estructura productiva no podría imitar a las de aquéllas. Esta situación no demuestra que la competencia sea limitada, sino todo lo contrario:

“Ergo, sostienen que la existencia de altos requerimientos de capital son una violación a la libertad de competencia y base del monopolio, pero no ven como una violación a la libertad de competencia y base del monopolio el hecho de que se excluya de los mercados a aquellas empresas que no poseen el capital necesario y que no podrían satisfacer los requerimientos de la realidad”¹²²

Ahora bien, existe la creencia de que altos requerimientos de capital ponen a los competidores potenciales en una situación desventajosa frente a los competidores establecidos, pues éstos ya satisficieron los requerimientos de capital en el pasado, y en la actualidad sólo deben preocuparse por cubrir sus costos marginales. Mientras tanto, los competidores potenciales enfrentarían la titánica tarea de cubrir la totalidad de costos.

Pero este razonamiento es parcial, no sólo porque olvida que estos altos requerimientos de capital sólo son imprescindibles en razón al beneficio que procuran a los consumidores, sino fundamentalmente porque los competidores establecidos también asumen el costo de renovar (o actualizar) permanentemente sus bienes de capital. *No es “el capital” en abstracto, sino bienes de capital en concreto, los que sirven para la producción y, al ser bienes escasos (como todo bien económico), necesariamente tienen una capacidad productiva limitada. En ese sentido, los competidores establecidos siempre enfrentarán la necesidad de renovarlos e invertir en su vigencia, asumiendo el*

¹²² REISMAN, George. *Capitalism. Op. Cit. Pág. 387.*

correspondiente costo de conservación (lo que se traduce limitadamente en el costo de depreciación).

Asimismo, la creencia de que altos requerimientos de capital constituyen barreras a la entrada que restringen el ámbito de la competencia parece dejar de lado que el último regulador de la competencia en una economía no intervenida es el *mercado de capitales*. Mientras el capital sea libre para fluir, nacional e internacionalmente, tenderá a buscar aquellas áreas que ofrecen la mayor tasa de retorno¹²³. Desde esta perspectiva, no importa si los requerimientos de capital son “altos” para los competidores potenciales considerados individualmente, ya que siempre pueden encontrar financiamiento en este mercado. Es injustificado, por tanto, hablar de “*costos prohibitivos*”. Dado que los suministrantes de capital siempre prefieren más retorno que menos retorno, tenderán a poner a disposición sus recursos allí donde *crean* que hay ganancias redituables.

El flujo de capitales opera gracias a la información que el sistema de precios, evolutivamente, brinda. Las inversiones de capital no se determinan solamente por ganancias actuales, sino principalmente por el valor presente de las futuras ganancias esperadas. Y a su vez, este valor presente descontado de futuras ganancias esperadas de un mercado determinado está representado por el precio de los valores comunes de las empresas en dicho mercado. Así, a mayores expectativas de ganancia, el precio de los valores (V.g. acciones) de una empresa en particular tenderá a subir. Esto informa a cualquier agente económico de potenciales oportunidades de ganancia en dicho mercado. Ahora bien, hay que tener presente que esta tendencia no garantiza que la empresa establecida que disfruta de altas ganancias será confrontada inmediatamente, ya que es posible que altos márgenes de ganancia sean producto de un desempeño global imbatible, *sino únicamente que si dichas ganancias son causadas por precios altos, en vez de costos bajos, entonces pronto encontrará*

¹²³ GREENSPAN, Alan. *Antitrust*. En: RAND, Ayn (Compiladora) *Capitalism: The unknown ideal*. [1967] Signet, New York, 1986 (Originalmente publicado por New American Library, 1967). Pág. 69.

competencia desde el mercado de capitales; no sólo a nivel nacional, sino principalmente, en una economía globalizada, a nivel internacional.

Por ese motivo es igualmente infundado sostener que las fusiones o integraciones verticales eleven las barreras de entrada porque requieren que el nuevo competidor entre a competir en varios niveles en vez de en uno. El argumento es ilógico porque si hay ganancias globales superiores a las “competitivas”; esto es, si alguien percibe alguna ineficiencia, descoordinación o error en el desempeño de las empresas integradas, entonces la oportunidad de entrar en uno o más niveles se mantendrá inexplorada y, por ende, se mantendrán también los incentivos para aprovecharla. El mercado de capitales siempre pondrá sus recursos allí donde existan mayores expectativas de ganancia.

Alguien podría cuestionar esta conclusión diciendo que la empresa establecida podría acumular demasiado capital como para hacerle frente. Pero nuevamente, el problema no es que la empresa establecida posea mucho capital, sino, que opere deficientemente, con lo cual atraería capitales de otros mercados o sectores productivos. ¿Y qué pasaría si la empresa establecida hubiese acumulado grandes cantidades de capital en todos los mercados? Este último supuesto es inverosímil pues pasa por alto que existen límites inherentes a la concentración del capital, en tanto nadie posee suficiente conocimiento de tipo práctico como para ser exitoso en más de unos pocos mercados. No sólo estas empresas tendrían que enfrentar enormes costos de organización y coordinación que eventualmente podrían superar los ahorros de evitar el outsourcing, sino que poco a poco, sin un sistema de precios al interior de la organización, perderían información valiosa sobre qué, cómo y cuánto producir, volviéndose torpes y burocráticas. Los conflictos entre las culturas organizacionales de empresas fusionadas, producto de adquisiciones que no encajan en las actividades de la empresa adquirente y que luego deben escindirse, son expresión de estos límites a la concentración del capital provenientes de problemas de organización y coordinación. Este mismo fenómeno se da en las potenciales integraciones horizontales: *a veces no vale la pena crecer.*

Por otra parte, dependiendo de la proyección y la confianza en su propio desempeño, una empresa pequeña podría negarse a entrar en un conglomerado donde solo recibirá una fracción de lo que podría ganar por su cuenta. Un claro ejemplo de ello es el caso de Mark Zuckerberg (1984-) y la red social virtual Facebook. Como es harto conocido, esta red se inició como una plataforma para publicar e intercambiar información personal entre estudiantes de la Universidad de Harvard y hoy en día –con un sistema de membresía abierto- cuenta con más de 500 millones de miembros. Facebook estimaba un retorno para el año 2010 de US\$ 1.1 billones de dólares. Mark es el accionista mayoritario con 24% del capital. Su historia no sólo ejemplifica las posibilidades de crecimiento vía innovación, sino las posibilidades ilimitadas de creación de nuevo capital, *fuera de las manos de los grandes conglomerados*.

Tampoco se necesita ser un innovador a escala multimillonaria para crear capital. Cada año se crea una enorme cantidad de pequeñas empresas en todo el mundo que también representan capital fresco fuera de las manos de los grandes grupos económicos, el mismo que puede integrarse o fluir según los intereses y oportunidades percibidas. Otra fuente potencial de creación de nuevas empresas competidoras proviene de los propios administradores de las empresas establecidas, quienes ya cuentan con el *know how* del negocio y conocen las debilidades y espacios aprovechables dejados por las empresas establecidas, de modo que tienen los incentivos para buscar financiamiento y competir independientemente. Con todo, es necesario insistir en que estos incentivos se darán siempre y cuando los competidores potenciales consideren que la empresa establecida viene operando de manera inefectiva e ineficiente al satisfacer a sus consumidores.

Habíamos señalado que POSNER pensaba que incluso en un mercado abierto las barreras podrían ser “*considerables y duraderas*”. De lo primero ya nos hemos ocupado. En cuanto a considerar una barrera como “*duradera*”, su preocupación por el tiempo que toma la entrada al mercado no tiene mérito. Si lo único que quiere demostrar POSNER es que el mercado no siempre asigna recursos racionalmente, no tiene por qué referirse al “monopolio”, sino

simplemente decir que el mercado casi nunca está en equilibrio parcial, por no mencionar el equilibrio general. Salvo que esté en dicho estado, *siempre* habrá oportunidades para reasignar los recursos de manera provechosa¹²⁴. La realidad es que el mercado *-monopólico o no-* muchas veces mal asigna y reubica recursos constantemente porque es dinámico y porque los empresarios son creativos, pero también cometen errores. Y el concepto de error empresarial simplemente expresa que el conocimiento es imperfecto y limitado.

Estas últimas características están ausentes en los modelos de competencia que guían las prescripciones del Derecho de la Libre Competencia; motivo por el cual existe la apresurada conclusión de que una agencia de competencia puede percibir mejor las oportunidades de ganancia y reasignar los recursos necesarios más rápidamente que los propios empresarios que se guían por el sistema de precios. Del mismo modo, esconde la asunción de que la agencia de competencia puede analizar objetivamente cuáles inversiones *deberían* hacerse (inversiones eficientes) pero *no se están* haciendo, concluyendo así que existe una *demora*. Reiteramos que este criterio es inválido, a menos que se acepte expresamente que la agencia de competencia está haciendo una evaluación empresarial, subjetiva y arbitraria del contexto y que, por supuesto, también está expuesta al error empresarial.

7. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA TEORÍA NEOCLÁSICA DE MONOPOLIO

Hasta ahora nuestra discusión ha dejado claro que en un mercado abierto y no intervenido no existe posibilidad de que emerja un monopolista puro, pues por definición éste requiere como condición imposibilidad de entrada. Asimismo, en el acápite anterior hemos sostenido que el concepto las *barreras a la entrada* - que serviría para diagnosticar las *condiciones de competencia* de un mercado- es ambiguo, estático y arbitrario, así como *inidóneo* para informarnos si

¹²⁴ BLOCK, Walter. *Total repeal to Antitrust Legislation. Op. Cit.* Pág. 58.

estamos ante un mercado competitivo, o si la empresa establecida viene comportándose ineficientemente.

Si esto es así, entonces el tradicional análisis de las ineficiencias del monopolio resulta inaplicable a un contexto de mercado abierto (sin barreras legales), principalmente al momento de verificar la comisión de conductas ineficientes en casos concretos. Como se sabe, el análisis económico de las ineficiencias de un monopolio en particular requiere necesariamente la definición de un “mercado relevante”, esto es, extraer la complejidad económica social un sector de la producción y consumo correspondiente a un bien determinado y, además, que ese mercado relevante permanezca en un estado estacionario, estático, mientras se analizan sus eficiencias e ineficiencias. Si bien ya nos hemos ocupado de las dificultades del concepto de “pérdida de eficiencia social” o de “restricción monopólica” desde el punto de vista teórico, ahora nos avocamos a puntualizar cómo así estos conceptos *carecen de aplicabilidad práctica* y, en todo caso, requieren de un análisis arbitrario, políticamente dirigido y no técnico, por parte de la agencia de competencia.

7.1. Aplicabilidad de la definición clásica de monopolio.

El primer problema de aplicabilidad podría plantearse de la siguiente manera: ¿Es posible la existencia de un monopolio que genere las ineficiencias previstas por el modelo neoclásico? Si partimos de la clásica definición de monopolio -situación en la que sólo existe un productor que ofrece un bien determinado- encontraremos que resulta imposible delimitar objetivamente dicho bien. Cualquier diferencia entre productos, por más mínima que sea, inmediatamente convertiría a su productor en “monopolista”¹²⁵. Estaríamos, pues, ante una definición legítima -ya que proviene de la etimología de la palabra “*monopolio*”- pero de aplicabilidad extremadamente ambigua: Sólo existe un productor de “Coca Cola”, y es The Coca Cola Company, así como sólo existe un productor de cerveza “Cristal”, y es el grupo Backus & Johnston SAA. Sólo existe un productor de lejías “Clorox”, sólo existe un mall “Jockey

¹²⁵ ROTHBARD, Murray. *Man, Economy and State. A Treatise on Economic Principles*. The Ludwig von Mises Institute. Alabama, 2001 [1962]. Pág. 590.

Plaza”, sólo un “Banco de Crédito”, sólo un “Camal de Yerbateros”, sólo un productor de leche “Gloria”, etc. Todos ellos serían monopolistas bajo la definición etimológica. Y es más, dado que todos los productores, desde aquéllos que forman parte de grandes grupos económicos y empresas transnacionales hasta los comerciantes minoristas y ambulantes, pugnan por diferenciarse y verse más atractivos que el resto frente a los consumidores, también podrían ser considerados monopolistas. Las diferencias se construyen en diversos ámbitos: valor de la marca, calidad de los distintos componentes del producto (sabor, textura, llamatividad, etc.), ubicación/sistema de distribución, servicios post-venta, garantías, términos y condiciones de venta, precio, valores y cultura que el producto representa, etc.

Por tanto, una aplicación estricta de la definición clásica de monopolio hace monopolista a todos los productores. Incluso teniendo presente estas cualidades diferenciadas, es posible involucrar a dos o más bienes dentro de un mismo mercado, indicando que están en “relación de competencia” o que son “sustitutos”. Pero tal conclusión requiere necesariamente una valoración y ponderación subjetiva de esas diferencias encontradas, lo cual constituye una calificación arbitraria, un juicio de valor que emite sólo quien va a consumir los bienes dentro de un contexto determinado. Vale decir, es una labor que le corresponde al individuo *qua* consumidor, quien expresará en su decisión sus preferencias, sus caprichos, sus prejuicios y demás. No es algo que pueda decidir un economista o un agente gubernamental de modo imparcial. Cualquier intento de objetividad o tecnicismo sería meramente la expresión formal o semi-articulada de las preferencias, caprichos y prejuicios del analista.

Tener presente la naturaleza de este tipo de decisiones es importante porque sobre esta “declaración oficial” se impone al monopolista o a la empresa con posición de dominio una serie de restricciones de conducta y sanciones que no se les impondría si no se les hubiera considerado como tales.

De por sí esta limitación debería ser suficiente para aceptar que el Derecho de la Libre Competencia no es sino una manera más de regular los resultados del mercado según las circunstancias *ad hoc* que la agencia de competencia

perciba como ineficientes; que no se trata de una actividad para preservar la competencia, sino para modelar los resultados concretos deseados en el mercado.

Una perspectiva dinámica y de creatividad empresarial como motor real del proceso de mercado pondría de manifiesto rápidamente que la totalidad de productores de todas las ramas compiten entre sí y que, por ende, cualquier intento de encuadrar o definir “un mercado”, como si no tuviera efectos en “otros mercados” ni se viera afectado por éstos, es sólo una herramienta pragmática para los empresarios para definir sus propias actuaciones. En ellas, infunden sus propias valoraciones, interpretaciones y especulaciones. En ese mundo empresarial, no hay objetividad, sino especulación y tanteo.

Veamos un ejemplo: ¿La Asociación de Productores Agrícolas Mercado Santa Anita es monopolista? Partiendo de la definición clásica y estricta de monopolio, y considerando que tal asociación tenía a su cargo el Mercado Mayorista de Santa Anita, podríamos responder que sí. Pero como dijimos anteriormente, esta afirmación no es diferente a decir que The Coca Cola Company es monopolista de la bebida gaseosa “Coca Cola”. Es una definición inútil. No hay otro Mercado Santa Anita, así como no hay otra “Coca Cola”. Y si eventualmente quisiéramos determinar fehacientemente si existen sustitutos razonables, irremediabilmente caeríamos en un mar de subjetividades: ¿“Perú Kola”, “Big Cola”, “Dr. Pepper”, son sustitutos razonables de “Coca Cola”? Para el caso del Mercado Mayorista de Santa Anita, ¿Otros centros de abasto mayorista pueden considerarse sustitutos?, ¿Cuenta la colocación de productos a través de las cadenas de supermercados?, ¿Cuentan los centros de abasto fuera de la ciudad de Lima?, ¿Cuenta la exportación?, ¿Ingresar al negocio de la distribución minorista es una alternativa viable? Estas preguntas sólo las podrían responder quienes están en la arena del mercado utilizando su perspicacia empresarial, sus expectativas y sus propias preferencias en relación al riesgo. Evidentemente, las respuestas diferirían según la experiencia, los conocimientos prácticos y las capacidades de aprendizaje y adaptación cada empresario. Sin embargo, en 1997, para la agencia de competencia peruana, el Mercado Mayorista de Santa Anita era la única

manera de vender arroz al por mayor, ya que -según decía- no tenía sustitutos razonables, declarando entonces que la Asociación de Productores Agrícolas tenía un monopolio o posición de dominio, *obligándola -consecuentemente- a justificar “objetivamente” sus negativas de trato, bajo pena de ser sancionada y obligada a satisfacer*¹²⁶. INDECOPI se atribuía, pues, la capacidad de dar una “*respuesta técnica oficial*” a las preguntas sobre sustituibilidad y posibilidades de competencia. Además, asumía que su decisión no era arbitraria, sino una mera aplicación técnica de la teoría de monopolio que empleaba.

Incluso si todos los consumidores pudieran estar de acuerdo en que determinados bienes son homogéneos -situación extremadamente forzada-, esto es, que conforman un solo mercado dentro del cual puede verificarse si existe un solo competidor, la teoría neoclásica del monopolio tampoco nos da criterios para saber en la práctica si ese monopolista actúa tal como dicha teoría prevé que actuaría: restringiendo la producción y cobrando precios monopólicos, generando así ineficiencias.

En efecto, verificada la existencia de un solo competidor, ¿cómo tenemos la certeza de que está generando ineficiencias sociales y que los temores de la teoría neoclásica del monopolio son fundados en el caso concreto? En un mercado no intervenido, *no es por mero chance, sino que existe una razón para que ese solo competidor se encuentre en esa situación: o bien cuenta con un privilegio del Estado, o simplemente los consumidores lo han preferido frente a cualquier otra alternativa. En este segundo caso, que es el que nos interesa, el monopolio no sería un distorsionador de la competencia ni de la eficiencia; sino al contrario, sería una consecuencia beneficiosa proceso competitivo* (situación que, por cierto, no cabría en el paradigma de la competencia ideal). Para hacer una analogía, el hecho que un atleta lidere una maratón con ventaja considerable no significa que ya pueda dejar de correr o que no exista competencia sino que, al contrario, dado que el proceso sigue abierto a que cualquier otro atleta pueda superarlo, el liderazgo de aquél atleta

¹²⁶ Resolución No. 002-99-INDECOPI/CLC de fecha 19 de marzo de 1999, confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia mediante Resolución No. 0216-99/TDC-INDECOPI. Este caso será materia de comentario, en mayor detalle, en el Capítulo II.

demuestra que viene desempeñándose mejor que los demás, así como que cualquier conducta contraria a ese mejor desempeño acortará la ventaja ya ganada con anterioridad. De igual modo, los competidores que lideran el proceso competitivo demuestran que por algún motivo escondido en las preferencias y decisiones de los consumidores representan las mejores alternativas posibles en un momento concreto. *Vale precisar que ser la mejor alternativa sólo significa ofrecer a los consumidores mejores tratos que otros; no necesariamente las más óptimas condiciones posibles. La competitividad se reduce a ser mejores que los demás.* Si eventualmente decidieran dejar de ser alternativas beneficiosas para los consumidores pretendiendo incrementar precios, reducir calidades o estableciendo condiciones desfavorables, etc., entonces actuarían como si el atleta líder de nuestra analogía corriera más y más despacio, volviéndose vulnerable a ser superado.

La teoría neoclásica del monopolio, por tanto, resulta de escasa utilidad práctica cuando se aplica a los monopolios de libre mercado. No sólo en cuanto a la determinación de cuándo estamos ante tal monopolio, sino principalmente, cuando debemos verificar si el competidor establecido concreto está generando las ineficiencias que dicha teoría predice.

7.2. Competencia potencial y competencia por sustitutos.

La doctrina del Derecho de la Libre Competencia asume implícitamente que una vez alcanzada una posición monopólica o de dominio, las empresas están en capacidad de explotar efectivamente -léase, perjudicar- a los consumidores, *sin menoscabar esa posición.* Nuevamente apelando a una perspectiva estática, hacen hincapié en esta posibilidad como si una vez obtenida la posición de dominio, el proceso de mercado se congelara y permitiera una serie de abusos contra los consumidores sin ninguna consecuencia.

Esta posición es ingenua. El monopolista o el competidor que ha alcanzado una posición de dominio sigue sometido a la abierta competencia y cada una de sus decisiones siguen generando consecuencias beneficiosas o perjudiciales con respecto a esa posición de dominio. Concretamente, incluso

si ese competidor fuera el único, siempre enfrentará competencia potencial, competencia de sustitutos, elasticidad de la demanda, etc.

La *competencia potencial* no sólo proviene de la elasticidad de la oferta, es decir, de la posibilidad que competidores de bienes distintos adapten sus factores de producción y su *know how* para producir los bienes monopolizados, sino también del peligro que cualquier empresario produzca bienes de orden superior e inferior (*upstream* o *downstream*) que si bien no compiten directamente con los bienes monopolizados, sí crean alternativas de satisfacción a los consumidores, o logren que ciertos empresarios adviertan de nuevas oportunidades de ganancia utilizando estos nuevos bienes de orden superior o inferior¹²⁷. A todo esto, debe agregarse que si los financistas, promotores y especuladores advierten algún descontento en los consumidores, tendrán los incentivos para impulsar la *investigación y desarrollo* de bienes rivales. Para ilustrar este punto, veamos el siguiente ejemplo relativo al mercado de aluminio: Una empresa gigante puede tener el 80% de participación en ventas de aluminio. Pero sucede que el 95% de dicha producción se utiliza en láminas para hacer latas de cerveza. Dicho gigante, incluso si no tuviera competidores directos (productores de aluminio), estaría sometido a la posibilidad de que la botella de vidrio reemplace a la lata de cerveza en caso decidiera explotar al máximo su posición de dominio, perdiendo así gran parte de sus ventas. *Ergo, la elasticidad de la demanda por el producto de cualquier empresa individual es virtualmente infinita si se considera que el mercado comprende en efecto toda la red social de interacciones humanas y, por ende, que la competencia potencial no sólo puede brotar de manera horizontal sino en cualquier punto de la cadena productiva, incluidas cadenas productivas totalmente distintas y/o nuevas que apunten a satisfacer mejor las necesidades del consumidor.* O dicho de otro modo, si el monopolista pretende elevar su precio hasta el límite donde deja de ser la mejor alternativa (costo de *outsider* en cualquier parte de la cadena, más un margen que permita ganancia competitiva), perjudicará su propia posición

¹²⁷ Así por ejemplo, el desarrollo del internet no sólo sirvió para mejorar nuestras comunicaciones, sino que dicha facilidad potenció el desarrollo de casi todos los mercados (*upstream* y *downstream*), generando incluso nuevas formas de comercialización y contratación.

en el mercado. *Antes de ese límite, siempre será la alternativa posible que mejor satisface a los consumidores.*

En un mercado abierto, el precio pretendido por el monopolista o empresa dominante tiene como límite superior el costo de producción de los potenciales nuevos entrantes más un margen que permita una ganancia competitiva. Ahora bien, el costo de producción no es lo mismo para todos los competidores potenciales, pues como ya dijimos, existen múltiples maneras de producir bienes alternativos que rivalicen con aquéllos que produce el monopolista. Otro ejemplo referido a los denominados monopolios naturales, como el mercado de energía: si el precio subiera al punto en que las empresas existentes dejaran de ser las mejores alternativas disponibles, los consumidores más grandes – como las grandes plantas industriales- estarían incentivados a producir su propia electricidad y, eventualmente, teniendo suficiente capacidad instalada, empezarían a proveer de la misma a otros consumidores menores.

La *competencia de sustitutos* es particularmente avasalladora: Las necesidades de las personas siempre pueden satisfacerse de múltiples maneras, que dependen únicamente de la creatividad empresarial. *De ello se sigue que también existen múltiples bienes que pueden satisfacer una misma necesidad. Pero, además, que existen múltiples maneras de producir esos múltiples bienes (variedad de insumos y de bienes de capital concretos, diversos tipos de trabajadores y formas de organización, distintas tecnologías aplicables, y un largo etcétera), lo que garantiza que quien logra mantener una posición dominante sólo puede hacerlo en la medida que lo que ofrece y cómo lo ofrece sea la mejor entre el mar de estas posible alternativas de satisfacción de necesidades.*

Así, SENHOLZ pone los siguientes ejemplos:

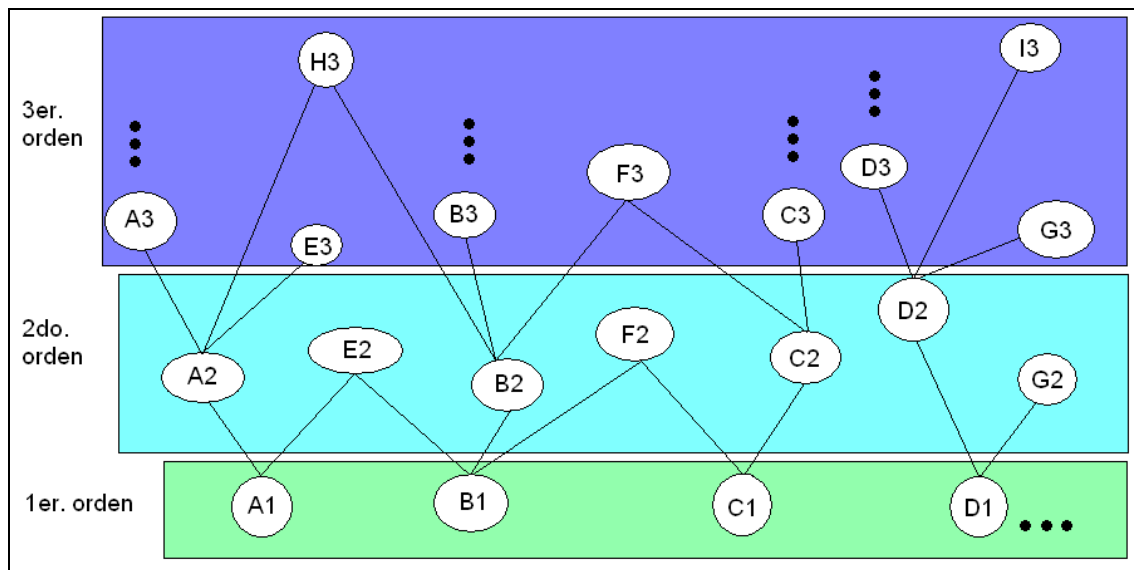
“En la industria textil por ejemplo, una docena de materiales rivalizan por el dinero de los consumidores. El monopolista de alguno de estos materiales no tiene poder alguno pues si cobrara precios monopólicos entonces induciría a los consumidores a utilizar otros materiales. Los productores de tirantes no sólo compiten entre ellos y con competidores

potenciales, sino también con los productores de correas. En la industria del transporte, las vías férreas compiten con camiones, carros, aviones, ductos y barcos. En la industria de la construcción, la madera compite con el aluminio, hierro, ladrillos y piedras. Y la aspirina de Bayer compite con Anacin y Bufferin”¹²⁸

Esta elasticidad de la demanda ilustra que el llamado poder monopolístico, además de la competencia potencial y competencia por sustitutos, también está limitado por la demanda misma, es decir, por la propia intensidad del deseo de los consumidores. *Son ellos quienes finalmente prefieren ser satisfechos de la manera cómo ese monopolista en concreto les satisface.* Dentro de la infinidad de posibilidades de producción (métodos y bienes finales), ellos prefieren *una manera* en especial. Si el precio del bien monopolístico sube o sus términos contractuales se tornan desventajosos, entonces los consumidores siempre pueden repensar si lo que ese monopolista ofrece sigue siendo su mejor alternativa.

La *competencia por sustitutos* pueden ilustrarse gráficamente de la siguiente manera: Ante una necesidad N, existen varios bienes (A₁, B₁, C₁, D₁, etc.) que pueden satisfacerla. Estos bienes finales -o de primer orden- se producen con diversos bienes de segundo orden (A₂, E₂, B₂, F₂, C₂, G₂, D₂), es decir, aquéllos que participan de la cadena productiva en etapas temporalmente más alejadas del consumo (*cadena upstream*). Algunos bienes de segundo orden *no son específicos*; vale decir, que pueden ser utilizados para la producción de más de un bien. Por ejemplo, E₂ sirve para producir A₂ y B₂; mientras que F₂ sirve para producir B₂ y C₂. A su vez, estos bienes segundo orden son producidos gracias a bienes de tercer orden (A₃, H₃, E₃, B₃, F₃, C₃, D₃, I₃, G₃, etc.) Algunos de estos bienes de tercer orden, tales como H₃ o F₃, sirven para producir más de un bien de segundo orden (H₃ puede producir A₂ y B₂, mientras que F₃ puede producir B₂ y C₂), tal como se muestra en el siguiente esquema:

¹²⁸ SENNHOLZ, Hans. *The Phantom called "Monopoly"*. En: GREAVES, Bettina Bien (Editora): *Free market economics: A basic reader*. Foundation for Economic Education, Inc. New York, 1975. Pág. 163.



Cada una de las letras es un bien susceptible de ser producido por un único vendedor; entiéndase, susceptible de ser “monopolizado” en el sentido clásico. Pero al margen de que la oferta de dicho bien sea producida por uno o varios competidores, cada uno de esos bienes forma parte de una compleja red de interacciones con numerosas cadenas productivas que compiten entre sí. Así por ejemplo, si el bien A_2 es producido por un monopolista, y éste decidiera comportarse ineficientemente, pronto la fuerza productiva de E_2 y H_3 se desviaría hacia una mayor producción de B_1 . Si eventualmente la competencia en la producción de B_1 arrojara un monopolista que luego de alcanzar dicha posición, decidiera comportarse ineficientemente, pronto sus proveedores E_2 y F_2 tenderán a desplazarse a la producción de A_1 y C_1 , respectivamente. Si luego de una ardua rivalidad, H_3 fuese producida monopólicamente, y -nuevamente- su productor decidiera comportarse restringiendo su producción o elevando precios, entonces el propietario de F_3 y toda su cadena *dowstream* (C_2 y F_2) estarían incentivados a producir bienes alternativos (C_1) que suplan la misma necesidad. Y esto puede seguir indefinidamente. En este sentido, excesivos precios de los productores de harina generarían reacciones competitivas en los productores de papa y otros productores agrícolas; excesivos precios de los polleros tienen efectos en los productores de pescado y toda su cadena productiva, incluidos sus productos derivados (Vg. Plantas de procesamiento); excesivos precios en la industria del cemento incentivaría la mayor utilización de madera y su cadena productiva (Vg. *drywall*) en la

construcción; ineficiencia y excesivos precios de las aerolíneas generaría rivalidad directa por parte de los transportistas terrestres, algunos de los cuales ya ofrecen viajes confortables para compensar el mayor tiempo de viaje, brindando, por ejemplo, juegos a bordo, préstamo de computadoras y acceso a Internet para quienes deban trabajar durante el viaje; una restricción ineficiente de la producción de vidrio (H_3) tendería a que se utilicen otros materiales para hacer envases (F_3 o I_3), etc.

Con esto únicamente pretendemos mostrar que los precios de los factores de producción están determinados por su relativa sustituibilidad en las diferentes cadenas productivas, dadas las expectativas de los precios de los bienes finales (A_1 , B_1 , C_1 , D_1 , etc.). De este modo, *siempre pueden reasignarse si en alguna parte de una cadena (no necesariamente en toda la cadena) existen precios ineficientes que vuelven inatractivos sus bienes finales*. Vg. El productor de A_2 restringe su producción y eleva sus precios, incrementando los precios finales de A_1 . En ese caso, el consumo de A_1 (y por consiguiente, el de los factores que producen ese bien) sería cada vez menos valorado, pues se estaría pagando más por lo mismo.

Sin embargo, es necesario anotar que el hecho que un bien sea menos valorado que antes debido a algunas conductas ineficientes no implica que el monopolio sea inmediatamente desafiado por competidores potenciales. Éstos sólo ofrecerán productos alternativos si pueden ofrecer algo *más valioso y en mejores condiciones* que el “devaluado” bien monopolizado, de lo que se colige que *toda posición monopólica en el sentido clásico sólo puede mantenerse en razón a la incapacidad real y actual de otros empresarios para ofrecer mejores bienes y condiciones que el monopolista*. Aquí no hacemos referencia a *restricciones, precios monopólicos, pérdida de eficiencia social, prácticas explotativas*, etc. Simplemente se deja constar que dado el abierto dinamismo y adaptabilidad de la compleja estructura productiva de toda la sociedad, los empresarios monopolistas –con sus aciertos y desaciertos- logran mayores ventas y ganancias debido a su capacidad superior de satisfacer a los consumidores.

Al contrario, las agencias de competencia tienden a analizar estática y arbitrariamente un solo mercado -que denominan “*mercado relevante*”: (i) omitiendo tomar en cuenta que los precios de los bienes de orden superior (factores de producción) y bienes de primer orden (finales) son variables y adaptables a toda demanda insatisfecha, incluso a nivel intersectorial gracias a la *no especificidad*¹²⁹ de la gran mayoría de bienes de orden superior; (2) imputando al eventual monopolista la capacidad de comportarse ineficientemente de manera “impune”; es decir, imputándole la capacidad de volverse menos valioso antes los consumidores sin perjudicarse a sí mismo, o lo que es lo mismo, asumiendo que una vez alcanzada una posición monopólica o de dominio, la competencia simplemente fenece. *Ambos errores son la base de numerosas sanciones e intervenciones compulsivas que aluden ser mecanismos de protección a la competencia.*

La dominancia de un competidor en un mercado abierto con precios aparentemente “monopólicos” sólo puede significar que el producto que ofrece es *suficientemente diferente* a los ojos de los consumidores, y que en consecuencia, éstos se satisfacen con esa diferenciación. Por ejemplo, si Coca Cola puede ofrecer menos cantidad a un mayor precio (hace unos años, pasó de ofrecer 500ml a 400ml en sus botellas de plástico personales), y a pesar de ello, mantuvo su precio, obteniendo suficientes ventas, ¿eso le prueba monopolista? Y más fundamentalmente, ¿eso le prueba ineficiente en el sentido que los neoclásicos creen que los monopolistas se comportan?

Entonces, retomado la pregunta de si es posible que el monopolista de libre mercado genere las ineficiencias propias de la teoría neoclásica del monopolio,

¹²⁹ La especificidad de un bien de orden superior se refiere a su capacidad para producir un bien final determinado. Mientras más restringido sea el número de bienes finales que un factor de producción pueda producir, éste será más *específico*.

Desde luego, tal como señala MISES, la especificidad es mayor cuando el proceso productivo está más avanzado: “*All capital goods have a more or less specific character. Of course, with many of them it is rather unlikely that a change in wants and plans will make them entirely useless. The more a definite process of production approaches its ultimate end, the closer becomes the tie between its intermediary products and the goal aimed at. Iron is less specific in character than iron tubes, and iron tubes less so than iron machine-parts. The conversion of a process of production becomes as a rule the more difficult, the farther it has been pursued and the nearer it has come to its termination, the turning out of consumers’ goods*”. MISES, Ludwig von. *Human Action. A treatise on Economics* [1949]. Cuarta Edición. Folks & Wilkes. San Francisco, 1996. Págs. 503-504.

la respuesta sería que *dada la exposición a la que se encuentran sometidas todas las empresas dentro de la compleja red productiva, la posición monopólica o de dominio sólo puede mantenerse satisfaciendo a los consumidores mejor que los competidores actuales y potenciales, de la misma y de otras cadenas productivas*. En términos latos, sólo puede mantenerse siendo más eficiente que otras. No decimos que la empresa dominante sea perfecta ni que cobra “precios competitivos” haciendo alusión a la competencia perfecta, donde el precio es igual al costo marginal. Decimos únicamente que dicha empresa demuestra -con el comportamiento efectivo de sus consumidores- mayor eficiencia frente a otros y dentro de las posibilidades de producción. Los “precios monopólicos” y demás conceptos de la teoría neoclásica del monopolio no encuentran cabida ni manera de ser identificados con certeza, tal como indicaremos más adelante.

7.3. Precios monopólicos.

Los errores y las eventuales ineficiencias del monopolista son situaciones que los competidores actuales y potenciales evalúan constantemente de un modo no técnico ni científico, sino empresarial: subjetivo, interpretativo, especulativo. Al teórico le es imposible determinar objetivamente cuándo, en un caso concreto, existe un “precio monopólico” o cuándo se están asignando recursos ineficientemente. Ambos son juicios interpretativos y expectativas subjetivas que requieren del riguroso testeo de los consumidores en la arena de la competencia para probarse ciertos.

A continuación analizaremos con mayor detenimiento si existen criterios fiables para determinar si en un caso concreto se dan “precios monopólicos”. Se dice que el “precio monopólico” existe cuando el monopolista se asegura mayores ganancias vendiendo menos cantidad a mayor precio que más cantidad a menor precio. En primer lugar, dicha caracterización es parcializada pues asume un óptimo social que al monopolista no le importa producir. En el mundo real la decisión no es producir: (i) monopólicamente (100 al precio de \$ 15) ó (ii) producir competitivamente (200 al precio de \$9), sino que en un mundo de expectativas inciertas, la decisión es entre producir 100 al precio de \$9 o 200 al

precio de \$9 ¿Cuánto producir a un precio esperado? *Mientras la producción de las segundas 100 unidades sea rentable por sí misma, se producirán, y no hay forma de evaluar esa decisión sin caer en la arbitrariedad o sin apelar a una supuesta e ideal producción perfecta.*

Otra forma de caracterizar los “precios monopólicos”, es que, asumiendo por un momento que existen las curvas de demanda, el precio monopólico se establece en aquél punto de la curva de demanda tal que por encima de ese punto la demanda se vuelve elástica, esto es, que por encima de ese precio el consumidor decide que lo ofrecido por el monopolista ya no es su mejor opción y opta por reasignar su limitado presupuesto hacia el consumo de otros bienes. Eso es verdad pero nótese que incluso en un escenario “competitivo” (de competencia perfecta) el precio se establece en un punto por encima del cual la demanda se vuelve elástica. Esto es así porque todas las curvas de demanda tendrían porciones elásticas e inelásticas que dependen absolutamente de la voluntad de los propios consumidores (incluso en escenarios de competencia atomística), descartándose así la idea generalizada de que la efectividad de un monopolio -o su característica primordial- consiste en una demanda inelástica a secas¹³⁰. A nivel teórico, entonces, no es posible distinguir los “precios monopólicos” sobre la base de la inelasticidad. Menos aún, a nivel práctico.

Sin perjuicio de las dificultades para la identificación teórica y práctica del “precio monopólico”, el hecho que dicho precio se ubique en el punto de la curva de demanda sobre el cual ésta se vuelve inelástica no acredita en absoluto algún menoscabo a los consumidores, pues son éstos, con su poder discrecional de decisión y sustitución, los que establecen la configuración de las porciones elásticas e inelásticas en las curvas de demanda, generando precios que -sin ser “monopólicos” o “no monopólicos”- se adaptan a las mismas.

¹³⁰ Considérese por ejemplo una cita de SULLIVAN: “Puede esperarse que el monopolista hipotético empuje el precio hacia arriba hasta el punto en el que la mayor elasticidad de la demanda provoque un considerable descenso en las ventas que convierta en no rentables mayores incrementos de precio. Ergo, aunque el monopolista incremente su precio al punto en el que la curva de demanda es inelástica, **lo que realmente define el poder de mercado del monopolista es la existencia del segmento relativamente inelástico de la curva**”. SULLIVAN, Lawrence. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. West Publishing Company, 2006. Pág. 27.

Los problemas para conceptualizar y distinguir los “precios monopólicos” se hacen aún más evidentes cuando se introduce y se toma en cuenta el desequilibrio y la incertidumbre de los mercados reales. Al respecto, ROTHBARD concluye que en verdad toda la concepción de precio monopólico es una ilusión: *“En el mercado, no existen precios competitivos discernibles o identificables, y por tanto, no hay forma de distinguir, ni siquiera conceptualmente un precio como “precio monopólico”*¹³¹.

Asumamos un monopolista M que enfrenta una demanda que él mismo estima y procede a producir 100 unidades de bienes. ¿El precio arribado es un “precio competitivo” o un “precio monopólico”? Simplemente no hay forma de saber. Incluso si se pudiera determinar la curva de demanda, lo único que sabríamos es que el precio se establece en un punto a partir del cual la demanda se vuelve más elástica. A esta limitación debemos agregar una dificultad adicional: que las curvas de demanda no son entidades existentes, ni están allí afuera en el mercado listas para ser medidas por las modernas herramientas de la econometría. *Excepto por un punto concreto en la curva -que representa una cantidad y un precio relativo a una transacción efectivamente celebrada- los demás puntos que conforman la curva son sólo alternativas hipotéticas que nunca cobran vida en la realidad*¹³². Esas alternativas hipotéticas son construidas especulativamente por el empresario, sobre la base de un período de tiempo arbitrariamente definido y un conjunto de situaciones que él considera “similares”. Son, pues, herramientas de uso práctico.

Y si esta limitación pareciese superable, basta señalar que la medición de la elasticidad no tiene los atributos de una constante, como sucede en las ciencias físicas. Al contrario, la medición que se obtiene de la elasticidad de la demanda de un bien sólo puede referirse a un bien arbitrariamente definido, en un espacio y tiempo previamente determinados por el analista. Por ejemplo, podría decirse: “En el Perú, la elasticidad-precio de la demanda de *arroz superior* entre los años 1994 y 1995 fue de -0.06%, es decir, había una

¹³¹ ROTHBARD, Murray. *Man, Economy and State. Op. cit.* Pág. 605.

¹³² BLOCK, Walter. *Total repeal to Antitrust Legislation. Op. Cit.* Pág. 38.

demanda relativamente inelástica”. Esa data es una señal histórica a ser interpretada por el empresario junto con otras señales; no es una “propiedad” de la demanda¹³³.

Supongamos ahora que en el siguiente período nuestro monopolista M decide *restringir* su producción en 30 unidades y producir sólo 70 unidades de bienes. Al ser más escasos, los bienes tienden a ser vendidos a un mayor precio, ¿podemos decir que allí existe un “precio monopólico”? Tampoco. *En un mundo real de desequilibrio e incertidumbre, dicha restricción de la producción puede significar un movimiento de un precio sub-competitivo hacia un precio competitivo; es decir, que hubo un error en la producción del período anterior*¹³⁴. Dado que las curvas de demanda no están “dadas” ni tienen existencia real, no es posible identificar una *restricción*, así como tampoco ni una *expansión*.

Tampoco es admisible utilizar el *criterio del margen de ganancia* para saber si estamos ante “precios monopólicos”. Ya nos hemos ocupado de las críticas hacia la regla “Precio competitivo = Costo Marginal” como condición de un mercado competitivo, pero vale la pena hacer ciertos comentarios adicionales aquí. El *criterio de margen de ganancia* podría enunciarse así: “Las empresas buscan ganancias y restringen la producción, elevan los precios y obtienen ganancias supranormales si la estructura del mercado se lo permite. Por tanto, altos márgenes de ganancia evidencian precios monopólicos”. Sin embargo, en un mercado abierto e innovador sucede todo lo contrario: Las empresas que buscan incrementar su eficiencia y logran reducir costos, innovando en tecnología, organización, etc., alcanzan ganancias superiores al promedio, a pesar de que los precios tiendan a la baja¹³⁵.

¹³³ Este argumento será desarrollado en mayor amplitud en el Capítulo IV.

¹³⁴ *Ibidem*. Pág. 607.

¹³⁵ Esta misma conclusión se obtiene cuando se analizan mercados concentrados: “[S]i la concentración y la rentabilidad realmente están relacionadas, ¿qué proceso de mercado produce esta relación? La respuesta tradicional ha sido que la concentración facilita la colusión y en consecuencia permite precios muy por encima del costo marginal, que se miden utilizando como referencia la rentabilidad. Desafortunadamente, esta respuesta no se tiene cuando se analiza la evidencia empírica, de modo que su aceptación por los economistas y profesionales del Antitrust es poco más que un acto de fe” PELTZMAN, Sam. Citado por BROZEN, Yale. *Concentration, Mergers and Public Policy*. Mac Millan Publishing Co., Inc. Nueva York, 1982. Pág. 197-200.

Una prueba de esta interpretación a contrario es que dentro de los mercados concentrados, existe una tendencia a que las empresas pequeñas no obtengan las ganancias que las empresas más grandes obtienen, a pesar de que ambas cobren el mismo precio. Si en verdad las empresas líderes cobraran precios monopólicos, este precio alto serviría como un “paraguas” para que las empresas pequeñas también puedan cobrar precios monopólicos y obtener ganancias extraordinarias¹³⁶. Pero no sucede así. Sólo algunas empresas –las más eficientes- logran estas ganancias por encima del promedio. BROZEN ofrece una serie de estudios que ilustran esta conclusión¹³⁷. Por otro lado, si bien grandes inversiones permiten alcanzar economías de escalas, mejor productividad y mayores ganancias, el *efecto aprendizaje* también es un factor que logra estos objetivos. *Nuevamente entonces, altos márgenes de ganancia no tienen por qué ser atribuidos a supuestos “precios monopólicos”. Las empresas más grandes en mercados concentrados logran mantenerse vigentes y ahorrar importantes costos debido a su mayor experiencia con relación a otras empresas, experiencia en producción que les permite darse cuenta de nuevas y mejores alternativas para producir a lo largo de un mayor período de tiempo.*

No resulta posible entonces confiar en los márgenes de ganancia para identificar “precios monopólicos”. Pero incluso podríamos cuestionar el propio criterio utilizado por ser arbitrario. Tal como ya mencionamos al criticar el modelo de la competencia perfecta, si el precio tuviera que ser siempre igual al costo marginal, no solamente existirían empresas que no podrían recuperar sus costos fijos, sino que muchas de ellas no cobrarían nada: cuando hay costos fijos altos y costos marginales cercanos a cero. Entonces, ¿Por qué deberíamos guiarnos por el costo marginal para saber cuándo hay precios competitivos (eficientes) y cuándo hay precios monopólicos (ineficientes)? Ello sin considerar las dificultades teóricas y prácticas para determinar el costo

¹³⁶ LEV, Baruch. Citado por BROZEN, Yale. *Concentration, Mergers and Public Policy*. Op. Cit. Pág. 203. El trabajo del profesor LEV corroboró la tesis de Harold DEMSETZ de que las ganancias superiores son atribuibles a un mejor desempeño.

¹³⁷ BROZEN, Yale. *Concentration, Mergers and Public Policy*. Op. Cit. Págs. 197 y ss.

marginal¹³⁸. Y si eventualmente adoptáramos el criterio del *costo medio* para calcular las ganancias, ¿bajo qué circunstancias es eficiente que las empresas se embarquen en la producción de un bien sólo para recuperar sus costos medios? La respuesta sería, una vez más, arbitraria.

Quizás podríamos identificar precios monopólicos (supracompetitivos) si se acredita que dos ó más bienes físicamente similares muestran diferencias en sus precios, ya que podría inferirse que el productor del bien de mayor precio tiene una suerte de posición monopólica que le permite alcanzarlo. Sin embargo, lo único que demuestran precios distintos es que ambos bienes *no son homogéneos* y que por alguna razón –explícita o no, racionalizada o no– los consumidores prefieren el bien por el que pagan más. Esta razón puede consistir en la en la confianza depositada en el productor, en los valores y demás beneficios psíquicos que representa el bien de mejor precio, e incluso la facilidad de su adquisición (Vg. Diferencias en los métodos y cadenas de distribución) y ubicación. Si dos o más bienes, por más parecidos en el *mundo físico*, se venden en diferentes condiciones y precios, entonces son los consumidores los que han determinado que ambos sean bienes diferentes en el *mundo social*. Y sus precios no pueden compararse para concluir que uno de ellos se vende a precio monopólico.

7.4. Conclusión sobre el monopolio y los precios monopólicos.

El monopolio de libre mercado, la posición monopólica o el precio monopólico son conceptos ambiguos y arbitrarios, cuya construcción teórica viene *a posteriori* en un intento de explicar ciertos precios y comportamiento que no se adecúan con el paradigma de la competencia perfecta; sin embargo, fallan en darse una debida caracterización articulada a nivel teórico y práctico.

¹³⁸ “Thirdly, there is no reason why firms should ever deliberately balk at being guided by marginal-cost considerations. Their aiming at maximum net revenue will see to that. But there is no one simple, determinate “marginal cost,” because, as we have seen above, there is no one identifiable “short-run” period, such as is assumed by current theory. The firm faces a gamut of variable periods of time for the investment and use of factors, and its pricing and output decisions depend on the future period of time which it is considering. Is it buying a new machine, or is it selling old output piled up in inventory? The marginal cost considerations will differ in the two cases”. ROTHBARD, Murray. *Man, Economy and State. Op. cit.* Pág.612.

La utilidad de un concepto o categoría está relacionada con la existencia de criterios independientes para identificar claramente su “core” o núcleo definitorio. Así, haciendo un parangón con la teoría económica del *interés*, ROTHBARD señala: “*La existencia y determinación de la tasa de interés puro es estrictamente deducible de los principios de la acción humana, preferencia temporal, etc. Ergo, puede arribarse a cada uno de sus componentes a priori en relación a la tasa de interés concreta del mercado en sí y se deduce de verdades previamente establecidas sobre la acción humana. En todos estos casos, los componentes son definibles mediante criterios teóricos establecidos independientemente. Sin embargo, en este caso, tal como hemos visto, no existe una manera independiente por la que podamos definir y distinguir “precio monopolístico” de un “precio competitivo”. No hay ninguna regla previa disponible que nos pueda guiar para encuadrar esta distinción. Decir que el precio monopolístico se forma cuando la configuración de la demanda es inelástica por encima del precio competitivo no nos dice nada porque no hay forma de definir de manera independiente el precio competitivo. Para reiterar, los elementos aparentemente indefinibles en otras áreas de la teoría económica son deducibles independientemente de los axiomas de la acción humana*”¹³⁹.

En esta cita, ROTHBARD intenta poner en evidencia que algunos conceptos se elaboran sólo sobre prejuicios o razonamientos circulares y que un análisis pausado sobre los significados de estos conceptos dejan entrever que no tienen un núcleo definitorio, es decir, un conjunto de atributos necesarios y suficientes que permitirían su identificación cierta. Típicamente por ejemplo, un *abuelo* lo es porque tiene nietos, un *fin* es cualquier objetivo valioso para el individuo y un *precio* es una ratio de intercambio. El *monopolio de libre mercado*, sin embargo, no puede definirse sin hacer alusión a la *competencia perfecta* o a la definición arbitraria de una *porción* del proceso competitivo. Igual sucede con el *precio monopolístico*. Son conceptos indefinibles claramente en teoría y no identificables en la práctica. Son pues, conceptos fantasmas¹⁴⁰.

¹³⁹ ROTHBARD, Murray. *Man, Economy and State. Op. Cit.* Págs. 613-614.

¹⁴⁰ SENHOLZ, Hans. *The Phantom called “Monopoly”. Op. Cit.*

Yale BROZEN, comentando las confusiones y reversión de la causación en los trabajos de T.G. Sullivan, concluye que sus explicaciones ilustran la observación de Ronald Coase de que “*los economistas usualmente buscan un explicación de monopolio para aquéllas conductas empresariales que no entienden*”¹⁴¹. En efecto, la influencia del análisis estático, así como del paradigma de un mercado atomístico y perfectamente competitivo, genera por contraste la rudimentaria noción de *monopolio de libre mercado*: no como algo verificable y observable, sino como una explicación a todo lo que no corresponda a la competencia atomística. Esto no es una exageración. El modelo teórico de la competencia perfecta está diseñado para ilustrar ausencia de poder de mercado, una situación en la cual todos los agentes son tomadores de precios. Cualquier situación distinta implicaría cierto poder de mercado, que es la característica más crucial del monopolio puro.

Recuérdese además que el método usual corresponde a la *estática comparativa*, por el cual se comparan diversos estados de equilibrio, dejando de lado el proceso social por el cual los individuos tienden a alcanzar espontáneamente tales estados. *En estos esfuerzos, la verdadera explicación del fenómeno social ha sido soslayada y las consecuencias son contundentes: Nadie entiende qué es la competencia, ni qué hacer para proteger el proceso competitivo.* Tampoco saben cuáles son las verdaderas amenazas que atentan contra dicho proceso. Basta dar un vistazo a las resoluciones de las agencias de competencia para corroborar que existe un sesgo a favor del atomismo y la fragmentación. Su temor del poder de mercado es tan grande que no dudan en exigir a las empresas justificaciones objetivas de que su accionar no atenta contra la noción que tienen de “competencia”. Por otro lado, las políticas de competencia están más concentradas en la conducta de los particulares que en las miles de disposiciones estatales que sí distorsionan la competencia.

El monopolio existe y la libertad de competencia es violada, no porque haya un solo vendedor, sino porque se excluye a potenciales ofertantes en el mercado por la fuerza y a favor de los ofertantes ya existentes, o porque se crea a favor

¹⁴¹ BROZEN, Yale. *Concentration, Mergers and Public Policy*. Op. Cit. Pág. 89. Nota 36.

de éstos ciertos privilegios. En otras palabras, el único monopolio verificable es el *monopolio de origen legal*.

8. PODER DE MERCADO

8.1. Poder derivado de la violencia física y sus distorsiones.

El Derecho de la Libre Competencia ha sido catalogado como una respuesta universal al uso opresivo del poder económico¹⁴². Así, lo relevante para esta disciplina es el “poder de mercado”, aquél que espontáneamente puede surgir del propio mecanismo de mercado y que sería capaz de *distorsionar* el proceso competitivo y sus beneficios; a diferencia del poder militar o político, cuya naturaleza y consecuencias se asientan en la fuerza física.

La acumulación del poder económico y su eventual transformación en poder de mercado ha llevado a que importantes jueces norteamericanos enarboleden la descentralización de este poder como uno de los grandes objetivos del Antitrust norteamericano. Así, el famoso juez Learned Hand: *“Es posible, debido a su indirecto efecto moral o social, preferir un sistema de productores pequeños, cada uno dependiente de sus propios éxitos en base a sus habilidades y características, a uno en que la gran mayoría deba aceptar la dirección de unos pocos”* (United States v. Aluminium Co. of America, ALCOA). Igualmente explícito el Juez Warren: *“No podemos dejar de reconocer la intención del Congreso de promover la competencia a través de la protección de empresas locales, pequeñas y viables. El Congreso ha apreciado que este sistema fragmentado podría conllevar ocasionales costos y precios mayores. Y ha resuelto estas consideraciones a favor de la descentralización, debemos darle efecto a esa decisión”*¹⁴³. En el mismo sentido, el senador norteamericano John Sherman argumentó -al momento de pasar la famosa *Sherman Act*- que si no toleramos a un rey con poder político, tampoco deberíamos tolerar a un rey de

¹⁴² SULLIVAN, Lawrence. *The Law of Antitrust. Op. Cit.* Pág. 2 y ss.

¹⁴³ SULLIVAN, Lawrence. *Op. Cit.* Pág. 18.

la producción, insinuando de este modo que el abuso del poder de mercado es asimilable al abuso del poder político. Bajo esta perspectiva, la aversión y consecuente regulación del poder de mercado han dado por resultado un sistema donde se prevenga la opresión económica como medio para mantener el proceso competitivo.

Es claro que el uso de la fuerza física o política-estatal puede distorsionar el proceso competitivo, pues en tales casos, la asignación de recursos y la vigencia de los derechos de propiedad sobre los mismos ya no respondería más a las preferencias demostradas de los individuos consumidores, sino que ambas dependen de las decisiones que se tomen unilateralmente desde el gobierno o desde donde se ejerza la coacción, se ésta sistemática o no. Así, podemos mencionar que la imposición de privilegios legales distorsiona el esquema natural de ventajas competitivas, generando beneficios a favor de algunos -aquéllos que gozan de los privilegios- y costos en contra de otros -aquéllos en cuyo desmedro se erigen los privilegios- que se reparten asimétricamente en la sociedad. Esta generación de rentas distorsiona el proceso competitivo primordialmente porque provoca señales erróneas -precios distorsionados- y consecuentemente genera malas inversiones. Una manera de crear privilegios legales consiste en impedir o trabar legalmente –entiéndase, por la fuerza- el ingreso de nuevos competidores, de manera que la industria actual quede protegida a favor de las empresas establecidas. Por ejemplo, en el Perú, el mercado de préstamos dinerarios está reservado a favor de las empresas que conforman el sistema financiero, pues ellas son las únicas que pueden establecer libremente sus tasas activas de interés. Los particulares que pretendieran iniciarse en este negocio están sometidos a controles de precios mediante la imposición de tasas máximas de interés, lo cual ha generado mercados negros así como trabas en el desarrollo de nuevos instrumentos legales para facilitar el acceso al crédito; todo ello en beneficio de las empresas que sí forman parte del sistema financiero. Otra forma de utilizar la fuerza estatal para distorsionar la competencia consiste en provocar el alza *artificial* de la demanda por un determinado bien o servicio, obligando a los consumidores a adquirirlos necesariamente, ya sea directa o indirectamente. En el Perú

tenemos ejemplos por doquier. Uno de ellos es la *defensa cautiva*¹⁴⁴ y el requisito de que toda minuta legal deba ser suscrita (o “autorizada”) por un abogado, para el caso de los servicios legales. Bajo el mismo espíritu, en diciembre de 2010 se ha emitido el Decreto Supremo 034-2010-SA que obliga a todos los ciudadanos la contratación de un seguro de salud para efectos de adquirir cualquier préstamo en el sistema financiero. ¿A quién beneficia toda esta legislación? Ciertamente no a los consumidores, pues si ellos realmente valoraran y estuvieran dispuestos a pagar por los servicios legales o por los seguros de salud, entonces demostrarían con sus acciones que ello es así, y en consecuencia no habría motivo para una imposición estatal vía ley. Estos dos pequeños ejemplos nos ilustran cómo las regulaciones y legislaciones de toda índole van creando poco a poco *cuotas de ventaja* a favor de las empresas de determinados rubros: en nuestros ejemplos, a favor de las empresas del sistema financiero, abogados y empresas de seguros, respectivamente. *Y lo más importante: estas ventajas no están relacionadas con la valoración subjetiva de los consumidores con respecto de los bienes o servicios que estas empresas ofrecen, sino que se fundan artificialmente en la ley.*

Del mismo modo, el uso de la fuerza física -coacción- por parte de agentes no estatales distorsiona el proceso competitivo en desmedro de los demás individuos, sean éstos competidores o consumidores. Al respecto, debemos mencionar a los grupos criminales que exigen a los empresarios “cuotas” o sumas de dinero a fin de que puedan ejercer sus oficios y proyectos sin ser violentados; esto es, pagar para no ser víctima de la mafia. En estos casos, las “cuotas” formarían parte de los costos de producción, y tendrían como efecto

¹⁴⁴ *Defensa cautiva*: La defensa cautiva es la obligación de todo ciudadano de ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva bajo el asesoramiento legal de un abogado titulado y colegiado en alguno de los Colegios de Abogados reconocidos por el Estado. El Código Procesal Civil del Perú (Artículo 132) prescribe este deber de la siguiente manera: “*El escrito debe estar autorizado por Abogado colegiado con indicación clara de su nombre y número de registro. De lo contrario no se le concederá trámite*”. Irónicamente, en el diccionario virtual del Poder Judicial del Perú, la defensa cautiva no representa una obligación o restricción al derecho de los justiciables, sino que, al contrario, es enfocado como si fuera una expresión de su libertad: “*Def. 1: Es aquella defensa que asume un Abogado Colegiado en un proceso, representa el derecho a la libertad de elegir sin ningún tipo de coacción la asistencia y ayuda profesional más favorable*”.

Ver: http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/diccionario_detalle.asp?codigo=299

un incremento de los precios así como una disminución de competidores dispuestos a ofrecer el bien o servicio en cuestión. O, la coacción de algunos sindicatos de construcción civil, quienes obligan a los empresarios para que contraten un mínimo número determinado de sus miembros, bajo pena de ataques violentos. Análogamente al caso de las distorsiones creadas por el Estado, los precios y la estructura de la producción no están relacionados con la demanda ni con ser mejor que los competidores, sino con el aprovechamiento forzoso de beneficios por parte de algunos individuos. *En un mercado abiertamente competitivo, es la demanda anticipada la que guía a los empresarios en la determinación de los precios de los factores de producción, así como la asignación de éstos al interior de sus procesos productivos.* Sin embargo, este sistema espontáneo se quiebra si el empresario es amenazado o violentado físicamente a modificar sus costos de producción y sus precios.

El temor al poder de mercado sugiere -tal como lo hacía el senador Sherman- que sin la fuerza física del Estado o sin la coacción de las mafias, sino únicamente contando con un gran número de ventas y con la preferencia de los consumidores en un mercado determinado, es posible distorsionar el proceso competitivo y ocasionar las mismas malas asignaciones de recursos generadas por el uso de la coacción física, en desmedro de los demás competidores y consumidores.

Es cierto que la sola posesión de poder de mercado no es sancionable por el Derecho de la Libre Competencia, sin embargo, sí es suficiente para restringir el rango de conductas permitidas o lícitas por parte de quien ostenta ese poder, precisamente porque se teme que el mal uso de dicho poder pueda distorsionar o falsear la competencia. En lo que sigue mostraremos que ese temor es infundado y que ese “poder de mercado” es sustancialmente distinto a aquel poder político, militar o mafioso. Asimismo, que existe una indebida extrapolación de la terminología política y militar al análisis de las relaciones sociales voluntarias.

8.2. Definiendo el poder de mercado.

El poder de mercado sería, por su propia naturaleza, un poder espontáneo nacido del propio discurrir competitivo. De acuerdo a una opinión generalizada, “*el poder de mercado es la capacidad del vendedor de elevar y sostener un incremento de precios sin perder tantas ventas de modo que deba desistirse del incremento*”¹⁴⁵. De un modo más general, “*el poder de mercado de una empresa es la capacidad que la misma tiene de influir sobre los precios vigentes en un mercado. [...] La ausencia de poder de mercado implica en cambio que la empresa en cuestión se comporta como “tomadora de precios” (price-taker)*”¹⁴⁶. En el mismo sentido, se ha dicho que “*La economía del Antitrust se avoca principalmente a las causas y consecuencias de la habilidad de las empresas para fijar los precios por encima de sus costos marginales*”¹⁴⁷. Ergo, desde estas perspectivas, el poder de mercado no sería sino el poder de fijar precios.

A nivel nacional, ROJAS LEO define la “*posición de dominio*” -un concepto análogo al de poder de mercado- como una en la que el agente “*se encuentra en una situación de ventaja o poder que le permite prescindir de las reglas de la libre competencia para tomar acciones en un mercado determinado*”¹⁴⁸. Es decir, el poder de mercado o la “*posición de dominio*” no sólo implicarían control sobre el precio, sino –más ampliamente- control sobre la totalidad de las condiciones de mercado. Legislativamente, esta noción ha sido adoptada tanto en el derogado Decreto Legislativo 701 (Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia)¹⁴⁹, como en el Decreto Legislativo 1034 (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas)¹⁵⁰.

¹⁴⁵ LANDES y POSNER. Citados por SULLIVAN, Lawrence. *Op. Cit.* Pág. 26.

¹⁴⁶ COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia. *Op. Cit.* Pág. 32.

¹⁴⁷ KIP VISCUSI, HARRINGTON y VERNON. *Op. Cit.* Pág. 80.

¹⁴⁸ ROJAS LEO, Juan Francisco. *El abuso de posición de dominio en el mercado en la legislación nacional*. Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Año 01 N° 01. INDECOPI, Lima, 2005. Pág. 88.

¹⁴⁹ “Artículo 4.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios

El temor del poder de mercado radica en que siendo capaces de actuar independientemente, de prescindir de la reglas de la libre competencia, de controlar los precios, etc., las empresas con poder de mercado puedan eliminar o distorsionar la eficiencia del proceso competitivo perjudicando así a sus competidores y a los consumidores. A fin de verificar esta hipótesis, cabe entonces preguntarse si es verdad que alguien –en el contexto de un mercado permanentemente abierto y dinámico- pueda actuar de manera “*independiente*”, prescindir de las reglas de la libre competencia, eximirse de las leyes de la oferta y la demanda, o fijar precios. Y en segundo lugar, si las posiciones de dominio realmente son capaces de eliminar la competencia.

En cuanto a la primera pregunta, dice ROJAS LEO que “*la independencia no es más que la capacidad de autogobernar las decisiones que un agente económico adopta en el mercado. En otras palabras, la independencia es esa extraña situación que permite a un agente económico adoptar decisiones sin tener en consideración o mérito las consecuencias de las mismas en el proceso competitivo del cual forma parte.*

Esta situación es extraña a un verdadero escenario de competencia, donde lo normal es que las decisiones de unos impliquen acciones de otros y conlleven permanentes cambios en el mercado involucrado. Prácticamente podría sostenerse que la capacidad de adoptar decisiones independientes al proceso de interrelación competitivo de una mercado significa, en realidad, la inexistencia o negación de ese proceso competitivo”¹⁵¹.

Esta caracterización es superficial. El mercado, al ser una red dinámica de interacciones humanas, se conforma de decisiones conscientes y teleológicas de todos los que interactúan: tanto empresarios como consumidores. Los empresarios siempre producirán y estarán a merced de las decisiones de

involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución”.

¹⁵⁰ “7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como [...]”

¹⁵¹ ROJAS LEO, Juan Francisco. *El abuso de posición de dominio... Op. Cit.* Pág. 93.

consumo de los consumidores. Todo empresario, *qua* actor, estima los medios y las estrategias a utilizar para llegar a su objetivo -las “ganancias”- tomando en cuenta el conjunto de condiciones actuales relevantes para él, tales como su propia capacidad de producción, de comercialización, la demanda actual de los consumidores, etc., así como las condiciones que él estima sucederán en el futuro, a efectos de que los medios utilizados por él sean eficaces: la estabilidad de las preferencias, el mantenimiento de la voluntad de los consumidores para consumir los bienes que él ofrecerá, la inexistencia de bienes sustitutos a los que él ofrece, no entrada de nuevos ofertantes o productos más atractivos que los suyos, ausencia de boicots, etc. En ese contexto, la sola dependencia del empresario a todas estas condiciones prueba que su actuación no puede ser independiente o unilateral. Incluso el empresario que ya ostenta el llamado *poder de mercado* debe calcular el efecto de sus decisiones sobre la demanda de los bienes que ofrece y en cualquier caso, por más exitoso que sea en un momento determinado, siempre dependerá de las *efectivas –no hipotéticas-* decisiones de consumo de parte de los consumidores. Si toma decisiones que reducen el valor de los bienes y servicios que él ofrece, ciertamente afrontará consecuencias negativas, por más poderoso que inicialmente pudiera parecer. Y si a pesar de elevar precios, mantiene su nivel de ventas, entonces podemos colegir que los bienes ofrecidos en esas condiciones son suficientemente valorados como para que los consumidores estén dispuestos a pagar tales precios. El observador externo (el analista) puede estar de acuerdo o no con tales transacciones, puede desear que las mismas se hubiesen celebrado en términos más ventajosos para los consumidores, puede emitir un juicio de valor sobre las prestaciones efectuadas por cada una de las partes, *pero jamás podrá negar que la habilidad de alcanzar los resultados previstos por parte del poderoso empresario dependerá siempre y en toda circunstancia de la voluntad de los propios consumidores -voluntad que está determinada por la satisfacción de consumo del bien ofrecido- y que, como corolario lógico, el éxito empresarial es producto de la habilidad de satisfacer mejor a los consumidores.*

Por ello, nadie puede actuar independientemente en el mercado en el sentido que los teóricos del sistema antimonopolio consideran. Si lo que pretende

decirse con el término “*independencia*” es que algunos empresarios dominantes pueden alcanzar los resultados que ellos mismos prevén de una manera más o menos fácil, la razón de su éxito debe indagarse preguntándose por qué los consumidores -la contraparte de toda transacción- aceptan dichos resultados previstos, planeados y deseados por el empresario dominante proponente. El razonamiento convencional sugiere que si una empresa dominante prevé vender sus productos a cierto precio “elevado” (digamos, 100) y, en efecto, logra dicho resultado fácilmente (vendió todo su stock de bienes a 100 por unidad), entonces se deduce que esta empresa “fijó” el precio (100) en ese mercado. La idea de una actuación independiente se concentra, pues, en *comparar* los planes del empresario dominante y los resultados que obtiene. *No obstante, más que la comparación entre planes y resultados propiamente dichos, lo que debe ser explicado es el proceso por el cual se alcanzan dichos resultados, es decir, el proceso por el cual el empresario logra lo que planeó.* Tomemos nuevamente como ejemplo una carrera de atletas, en la cual uno de ellos está en condiciones físicas muy superiores a las de sus competidores y desde antes de iniciar la carrera augura poder ganar la carrera fácilmente. Y, en efecto, aprovechando sus ventajas anatómicas, gana la carrera fácilmente. Un análisis superficial concentrado en los resultados diría que el atleta ganador logró alcanzar su objetivo fácilmente tal y como lo predijo; ergo, lo hizo *con independencia de sus competidores*; cuando lo cierto es que existió todo un proceso -desde el plan hasta el resultado logrado- *en el cual participaron otros competidores*. Análogamente, en el caso de las empresas con poder de mercado, sus objetivos son alcanzados sólo luego de un proceso en el cual participan no sólo competidores, sino fundamentalmente consumidores. En ese proceso, cualquier vendedor que ofrece un producto superior que el ofrecido por sus rivales *tiene efectivamente la habilidad de solicitar precios mayores a los de sus menos eficientes competidores*. Y el ejercicio de dicho poder normalmente conlleva a resultados procompetitivos porque las ganancias atraen el capital y las capacidades de nuevos competidores. Por tanto, la supuesta independencia de acción de las empresas con poder de mercado sólo puede ser producto de una observación *superficial* concentrada únicamente en los resultados.

Una alegación recurrente con respecto al poder de mercado es que éste implica *control sobre el precio*. Algunos incluso hablan de la capacidad de *fijar* o *determinar* precios y condiciones. Pero aquí nuevamente existe confusión. El precio es un fenómeno mutuo, es una ratio histórica de intercambio que expresa las valoraciones inversas de ambas partes celebrantes. De igual manera, los contratos son fenómenos mutuales, por lo que no puede existir un *control* o un *dominio* sobre los precios ni sobre las condiciones del contrato. Al contrario, en una economía de mercado cada individuo tiene el *control absoluto* sobre sus propias decisiones y sus recursos: su cuerpo, sus habilidades, su fuerza, su creatividad, sus bienes, los frutos de sus bienes, etc. y tiene el poder real de transferirlos a discreción si alguien le ofrece algo más valioso a cambio. *Ése sí es un poder real y verificable*, así como es verificable el poder estatal para obligar a los ciudadanos a pagar impuestos o el de los criminales que extorsionan empresarios para dejarlos producir. Al margen de las discusiones sobre la legitimidad de los impuestos, este último poder –estatal- sí quiebra el *control absoluto* de los ciudadanos sobre sus acciones y recursos; y no depende de la satisfacción de los ciudadanos, sino del imperio de la fuerza física. El poder de mercado es un concepto que sólo denota la facilidad de algunos empresarios para obtener ganancias cuando sus precios son superiores a sus costos marginales; situación que sólo sería incompatible con el proceso competitivo si se parte del erróneo paradigma de la competencia perfecta, pero que de ninguna manera quiebra el *control absoluto* de los consumidores sobre sus acciones y recursos. Ni permite actuar independientemente, ni permite controlar precios o condiciones. El poder de mercado es, pues, un dogma de fe, una situación imaginaria que no puede probarse en la realidad tal como sí se podría acreditar un robo u otro delito. Tal como señala ROCKEFELLER, *“las empresas no pueden forzar a los ciudadanos a pagar por nada. El poder no puede alcanzarse gracias a un gran volumen de ventas. Nadie puede ser forzado a comprar. [...] El único poder real que tiene el vendedor proviene de la satisfacción de los consumidores. Sin coacción gubernamental, es sólo el comprador, y no el vendedor, quien tiene el poder.*

[...]

En el mundo imaginario del Antitrust, conforme las ventas se incrementan hasta alcanzar una determinada participación en el mercado, los vendedores obtienen poder por arte de magia. Y ahora pueden incrementar precios por encima del nivel “competitivo”, reducir producción y lograr ganancias monopólicas”¹⁵²

A pesar de lo anterior, se dice que existe *disparidad de poderes* entre, por ejemplo, una acaudalada empresa Caterpillar y un pobre campesino. Que, Caterpillar cobrará el máximo precio que su poder le permita obtener del campesino pobre que necesita de un tractor para mejorar sus cosechas. Sin embargo, lo cierto es que en un escenario no intervenido ambos mantienen siempre el mismo nivel de *control y no control*. De un lado, ambos tienen el *control absoluto* sobre lo que producen, de lo que desean y del precio máximo/mínimo que pretenden aceptar (*precio de reserva*) para celebrar la transacción; mientras que, de otro lado, carecen absolutamente de *control* sobre la cantidad y el precio en el que finalmente aceptarán contratar¹⁵³. El hecho de que Caterpillar haya producido bienes que luego son tremendamente valorados -el tractor- demuestra la perspicacia de sus directivos para darse cuenta de oportunidades de ganancia produciendo bienes de capital suficientemente productivos como para provocar una intensa demanda por parte de los empresarios *downstream*; i.e. el campesino. Probablemente el campesino estará subjetivamente más ansioso y dispuesto a comprar un tractor que Caterpillar a vendérselo, y esta situación puede darle cierta ventaja a Caterpillar en la negociación. Pero nótese que esta ventaja proviene exclusivamente de la disposición del comprador, del precio que éste esté dispuesto a pagar por tractor, precio que depende de la satisfacción que espera alcanzar y las expectativas en la producción que espera cumplir. *Más importante todavía es reconocer que esta ventaja de ninguna manera rompe el control y el poder real que el campesino tiene sobre sus acciones y recursos*. Decir que Caterpillar cobrará lo que sea que su poder le permita explotar es sólo un sinónimo “emotivo” de “cobrar un precio tan alto como pueda ser

¹⁵² ROCKEFELLER, Edwin S. *The Antitrust Religion*. CATO Institute. Washington, 2007. Págs. 44-45.

¹⁵³ ROTHBARD, Murray. *Man, Economy and State. Op. Cit.* Pág. 588.

*obtenido voluntariamente de la otra parte*¹⁵⁴. Y ese precio sólo puede ser obtenido partir de la satisfacción del comprador, es decir, del campesino.

Vale la pena reiterar que este fenómeno es sustancialmente distinto al ejercicio de la coacción física, ya sea estatal o no. No sólo porque cualquier ejercicio de poder de mercado sólo se sostiene en la satisfacción de los consumidores -tal como hemos indicado anteriormente- sino también porque el poder de mercado es un concepto no verificable fehaciente ni objetivamente en el mundo real. En delitos como el robo se tiene claro que la conducta típica consiste en tomar un bien con la intención de apropiarse de él, utilizando intimidación o violencia. Cada uno de los elementos de este delito tiene un referente en el mundo real. *En cambio, en los casos del Derecho de la Libre Competencia, se requiere tener un poder de mercado en un mercado arbitrariamente definido por la agencia de competencia y, además, efectuar ciertas conductas que no están prohibidas para quienes no ostenten poder de mercado.* Queda claro entonces que la discusión del poder de mercado es crucial a efectos de determinar a quién se sanciona y a quién no. Pero dicho poder es imaginario, no verificable y, en el mejor de los casos, sólo expresa una ventaja provista exclusivamente por la voluntad y las valoraciones de los consumidores. Es, por ende, un poder gaseoso, endeble y contingente, sujeto a las preferencias de los mismos perjudicados. Pero los economistas y los abogados han transformado sus impresiones acerca del monopolio y el poder de mercado en un elaborado paradigma teórico que sirve para legitimizar la regulación Antitrust.

Con todo, siendo que este poder de mercado no es verificable y que las ventajas que cierto éxito pudiera conceder a las empresas son absolutamente revocables a sola discreción de los consumidores, sostener que el ejercicio de poder de mercado pueda eliminar o falsear la competencia es una conclusión apresurada. Si, por ejemplo, una empresa celebra contratos de exclusividad con distribuidores a fin de *acaparar* los canales de distribución de un determinado producto, y dicha conducta fuera realmente ineficiente, entonces estaría dejando abierta la posibilidad de que otros competidores desarrollen

¹⁵⁴ ROTHBARD, Murray. *Man, Economy and State. Op. Cit.* Pág. 589.

creativamente sus propios canales de distribución. Si otra empresa con poder de mercado decidiera efectuar *ventas atadas*, y dichos paquetes (productos *a* y *b*) fueran indeseables para los consumidores, entonces tal empresa estará disminuyendo el valor de las transacciones que ofrece, exactamente como si elevara los precios de sus productos o si disminuyera la calidad de los mismos, perdiendo la ventaja que justamente le coloca en la posición de poder. *La idea detrás de estos ejemplos es que las empresas siempre están acechadas por la posibilidad de perder sus posiciones de éxito, y que sus acciones siempre enfrentarán consecuencias marginales o contundentes, positivas o negativas.* Si esto es así, entonces no puede decirse que el ejercicio de poder de mercado sea capaz de eliminar o falsear la competencia. Intentar eliminar la competencia a través de un desempeño ineficiente socialmente se vuelve contraproducente.

En suma, la idea de que el poder de mercado trae consigo capacidades destructivas de la competencia se asienta –como ya indicamos antes- en la errada noción de *independencia* de la empresa con poder de mercado. A su vez, esta noción de *independencia* se apoya en el siempre recurrente *análisis estático* de la sociedad dinámica.

8.3. Poder de mercado y subjetividad.

Al igual que con la definición de *monopolio de libre mercado*, la determinación de poder de mercado y sus eventuales o potenciales efectos perniciosos en los casos concretos son fruto de inevitables análisis arbitrarios y subjetivos por parte de la agencia de competencia. El poder de mercado concebido a partir de definiciones arbitrarias de mercados relevantes *provoca* un prejuicio contra las empresas que lo ostentan y, en consecuencia, la restricción de una serie de conductas que sí serían lícitas si no tuvieran dicho poder de mercado. En otras palabras, *la importancia de nuestra discusión radica en que una misma conducta empresarial resulta sancionable dependiendo de si la empresa denunciada tiene poder de mercado (posición de dominio) o no.* Desafortunadamente, determinar cuándo una empresa es pasible de sanción no depende de los hechos o de su situación fáctica en particular, sino de la

caracterización subjetiva y arbitraria acerca de sus hipotéticas posibilidades de actuación. Esto hace más grave la dificultad de explicar por qué ciertas prácticas consideradas eficientes cuando son realizadas por empresas ordinarias son consideradas ilícitas cuando las realizan empresas con poder de mercado. Sobre el particular, dice claramente EPSTEIN: *“La objeción es suficientemente simple: hay ciertas prácticas comerciales que son normalmente permitidas a las empresas que no poseen poder monopólico. Dado que estas empresas no tiene poder de mercado, puede asumirse que tales prácticas ofrecen algunas eficiencias que aumentan sus ganancias, aún cuando ninguna corte pueda entender exactamente cómo estas prácticas sobreviven o funcionan. En este punto, es mejor no interferir con prácticas consuetudinarias debido a limitaciones de nuestro propio conocimiento -una aplicación útil de la máxima Hayekiana que nos previene de declarar ilícitas prácticas que no entendemos del todo”*¹⁵⁵. Si ello es así, entonces tampoco habría motivo para sancionar otras prácticas cuyo objeto no es enteramente comprendido por la autoridad, únicamente porque son efectuadas por empresas con posición de dominio.

Ya de un modo más general, ROCKEFELLER denuncia, tal como hacemos nosotros, el falso carácter “técnico” de las agencias de competencia, afirmando su naturaleza regulatoria, e incluso redistributiva: *“El Antitrust le otorga al decisor libertad para intervenir bajo el nombre de la justicia, cuando así lo desee. **La decisión no se emite sobre la base de ninguna medida objetiva, sino imputando conceptos teóricos como “el mercado” o “poder de mercado” como si fueran hechos probados. Asunciones no justificadas y predicciones son incorporadas en las conclusiones como si fueran hechos probados, y luego las doctrinas dictan el resultado.** Para mantener la apariencia de legalidad, el decisor muestra el proceso como una investigación que concluye determinados hechos a los que luego se les aplica la ley. Pero en realidad, el resultado es determinado por asunciones y predicciones. Dónde uno termina está definido por dónde uno empieza. Las asunciones y las predicciones no pueden probarse. Son juicios subjetivos en*

¹⁵⁵ EPSTEIN, Richard. *¿Dominio monopólico o competencia en igualdad de condiciones? La nueva paradoja de la libre competencia.* En: *Ius et Veritas* No. 30. Pág. 30.

los que el sentido personal de justicia del decisor no puede ser excluido” (negritas y subrayado agregado)¹⁵⁶.

Igualmente, cuando se trata de especular sobre las posibles consecuencias de determinadas conductas realizadas por empresas con poder de mercado, usualmente se olvida que las complejas decisiones empresariales no tienen una sola consecuencia - positiva o negativa- sino que conllevan una serie de efectos de distinta índole en diversos sectores de los consumidores, i.e. sus efectos son *asimétricos y heterogéneos*. A veces ante una supuesta consecuencia negativa podemos encontrar otra positiva de igual peso. *Incluso teniendo en cuenta todo ello, la arbitrariedad de las decisiones de la agencia de competencia se pone de manifiesto porque no se sabe de antemano cómo se van a valorar estos efectos positivos y negativos, máxime si el carácter anticompetitivo de una conducta depende de ese balance costo-beneficio que jamás puede ser objetivo.*

Una cosa es reconocer que las acciones tienen efectos. Otra muy distinta es calificar tales efectos como “positivos” o “negativos”. Aquí por lo menos ya debemos tomar partido por *alguien*, pues los efectos son positivos o negativos a favor o en contra de *alguien*. Y un nivel mucho más discrecional consiste en infundirle valor o importancia a cada uno de estos efectos positivos y negativos a fin de realizar el balance. ¿Cuánto vale el efecto positivo N° 01 y cuánto valen los efectos negativos N° 01 y 02? ¿Cómo hacer una evaluación “técnica” a fin de fijar su existen efectos positivos netos o efectos negativos netos?

Con este método, evidentemente no hay cabida para ninguna predictibilidad. Nótese que primero se evalúa la conducta y sus efectos, y luego se hace la regla *ad hoc*. En ese mundo de reglas inciertas, una asesoría para evitar los procedimientos sancionadores sobre Libre Competencia con certeza es casi imposible: “*That’s not the rule of law but of roulette*”, se dice¹⁵⁷.

¹⁵⁶ ROCKEFELLER, Edwin. *Op. Cit.* Pág. 11-12.

¹⁵⁷ ROCKEFELLER, Edwin. *Op. Cit.* Pág. 55. La frase corresponde a un juego de palabras donde “*rule of law*” -“*Imperio del Derecho, o Estado de Derecho*”- se vuelve una “*roulette*”, ruleta o “*imperio del azar*”.

8.4. Poder de mercado y el uso de terminología política.

El poder de mercado no sólo es un concepto vago y arbitrario tanto en la teoría como en la práctica, sino que sus propios términos están diseñados para expresar anteladamente una reacción negativa al oyente. Esto mismo sucede también cuando en economía se habla de “soberanía”, “explotación”, “predación”, etc. La estrategia de fondo de quienes deliberadamente hacen estas analogías consiste en hacer asimilable el ejercicio de este impreciso poder de mercado con el ejercicio violento de la fuerza física y la agresión, aprovechando el hecho de que este último tipo de poder es generalmente rechazado.

EPSTEIN pone en evidencia la confusión que este lenguaje produce: *“Una cuestión tan importante como la de los medios es dejada de lado cuando esta clase de lenguaje es tratada como si el demandado hubiera usado la fuerza (tal como Newton la hubiera entendido) contra el demandante. Por lo tanto, hablar de una intención de eliminar sin referencia alguna a los medios utilizados para ello (la fuerza o el fraude, típicamente) es hacer descansar la responsabilidad en una metáfora y no el criterio de bienestar social en el que descansa el propio Derecho de la Libre Competencia”*¹⁵⁸.

Indudablemente, la cita -que aborda la frase “*intención de eliminar*”- resulta perfectamente aplicable a otras recurrentes metáforas que aluden al mundo militar –tales como “*reinos*”, “*imperios*” y “*poder*”- en el contexto de las *relaciones sociales voluntarias*. Ya decía MISES, que la competencia “*no se trata de una lucha, aún cuando es frecuente, tratándose de competencia del mercado, hablar en sentido metafórico de guerras, conflictos, ataques, defensas, estrategias, y tácticas. Conviene destacar que quienes pierden en esa emulación cataléctica no por ellos resultan objeto de aniquilación; quedan simplemente relegados a otros puestos, más conformes con su ejecutoria e inferiores a los que habían pretendido ocupar*”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ EPSTEIN, Richard. *¿Dominio monopolístico ...? Op. Cit.* Pág. 28.

¹⁵⁹ MISES, Ludwig von. *La Acción Humana*. Octava Edición. *Op. Cit.* Pág. 333.

Continúa MISES diciendo que toda producción está dirigida al consumo y por tanto toda actividad empresarial está direccionada por lo que los empresarios creen que los consumidores desean o desearán. Son aquéllos quienes están a merced de éstos. Dado que estas “órdenes” de los consumidores no son tangibles ni se registran físicamente, muchos no se dan cuenta de su existencia y creen que los empresarios son unos irresponsables autócratas¹⁶⁰. La realidad demuestra que sólo quienes tienen algo mejor –no necesariamente algo perfecto, ni en condiciones perfectas- qué ofrecer pueden tener éxito con los consumidores.

Sin embargo, tampoco es imparcial -como erradamente hacía MISES- hablar de “soberanía de los consumidores”. *Los consumidores son “soberanos” (tomando prestada la terminología política) en tanto controlen sus recursos, no en tanto sean efectivamente satisfechos.* Típicamente dentro de una economía competitiva, los empresarios querrán satisfacerlos para obtener más réditos. Sin embargo, los mismos empresarios y/o dueños de los factores de producción bien podrían utilizar sus recursos en proyectos distintos a los que los consumidores prefieran y, en ese caso, estarían persiguiendo otros fines - valiosos para ellos- distintos a la producción por lucro.

Evidentemente, si así deciden hacerlo, no tendrán forma de obtener dinero alguno de los consumidores¹⁶¹, dejando de abierta la posibilidad de que otros empresarios satisfagan a los ávidos consumidores.

¹⁶⁰ *Ibidem.* Pág. 331

¹⁶¹ Pretender obligarles a embarcarse en proyectos y trabajos que no desean sólo porque algunos conciudadanos así lo desean, constituiría poco menos que un sistema esclavista.

CAPÍTULO II:

LA NOCIÓN DE COMPETENCIA EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ

1. INTRODUCCIÓN.

En el Perú existe una variedad de posiciones y opiniones relacionadas a la necesidad de contar con una ley que sancione prácticas anticompetitivas y, probablemente sea injusto incorporarlas a todas ellas bajo un mismo sentido crítico. Tanto en la doctrina como en el desarrollo de precedentes por parte de las agencias de competencia, e incluso en las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre la materia, existen perspectivas que discrepan dramáticamente. No obstante, sí es posible extraer de todas ellas un denominador común: su *temor y aversión al ejercicio abusivo del poder de mercado, considerándolo como la negación de la competencia*. Ya cuando se trata del rol concreto del Estado y de la agencia de competencia, las opiniones empiezan a mostrar y acrecentar sus diferencias.

Así por ejemplo, en principio, profesores tan discrepantes en temas como la necesidad de un sistema de control de fusiones y adquisiciones coinciden con el corazón del marco teórico neoclásico. Enrique FELICES, opositor de este sistema, pero reconociendo la posibilidad de que las concentraciones empresariales puedan ser perjudiciales, pregunta:

*“Pero la pregunta importante es ¿por qué nos preocupa el poder de mercado? El poder de mercado en sí mismo no es un factor que suponga la exclusión de los competidores; de hecho, la existencia o la posibilidad de contar con cierto poder de mercado es lo que finalmente invita a potenciales inversionistas a participar en un mercado determinado o a desarrollar una actividad comercial determinada. Sin embargo, el poder de mercado visto desde el punto de vista de la competencia sí genera preocupación. **Técnicamente, esa preocupación se explica en lo que se denomina el problema del monopolio o los costos del monopolio, es decir, en la pérdida de eficiencia social y en los costos asociados del rentismo, que son los costos en los que incurre el monopolista para preservar su posición de dominio.** Esto se traduce en el mercado en precios más altos, en patrones de consumo que son distorsionados por el ejercicio del poder de mercado por empresas que reducen su nivel de productividad y empresas que, en el fondo, tienen menores incentivos para satisfacer las demandas de los consumidores”¹⁶² (negritas agregadas)*

Por su parte, José Ignacio TÁVARA, firme defensor del control de estructuras, también enarbola los perjuicios potenciales de la concentración y del poder de mercado, dejando claro que el ideal de competencia es aquél en el que las empresas operan *en paridad*:

“En economía, la corriente teórica principal postula que la competencia efectiva entre las empresas, es decir, la competencia que tiene lugar entre empresas rivales que operan en condiciones de paridad y ejercen

¹⁶² FELICES, Enrique. Ponencia en debate sobre Control de Fusiones y Concentraciones. En: AAVV. *La evolución de la Libre Competencia en el Perú*. THEMIS, Proyecto CRECER y USAID. Lima, 2004. Pág. 92.

*presión mutua, generan el máximo beneficio y bienestar para la sociedad. **Esa corriente considera que la concentración y el poder de mercado traen consigo una serie de perjuicios y consecuencias negativas, no solamente en la economía, sino también en la política y en la cultura.** [...] Este mecanismo [evolutivo donde las empresas eficientes prevalecen y la ineficientes desaparecen del mercado] puede ser obstruido de diversas maneras y, cuando ello ocurre se distorsiona el mecanismo de selección”¹⁶³*

Bajo este mismo común denominador, CÁCERES FREYRE indica que el objetivo de la política de competencia es controlar los efectos no deseados de la acumulación del poder económico¹⁶⁴, BULLARD GONZÁLES sostiene que debido a ciertas condiciones del mercado, puede suceder que unos pocos tengan la facultad de fijar precios y condiciones distintos de aquéllos que el mercado arrojaría en libre competencia, concluyendo que lo que se sanciona es *el mal uso de ese poder*¹⁶⁵; ROJAS LEO resalta que la posición de dominio (o poder de mercado) es capaz de generar prácticas exclusorias y explotativas, ambas sancionables –desde su punto de vista- en el Derecho de la Libre Competencia peruano¹⁶⁶ (al menos hasta la derogación del Decreto Legislativo 701¹⁶⁷) y NODA aduce que “*como todo derecho, la libre iniciativa privada es susceptible de ser ejercida de manera abusiva con el consiguiente perjuicio para otros agentes del mercado*”¹⁶⁸.

¹⁶³ TAVARA MARTIN, José Ignacio. *¿Por qué existe aún el control de fusiones en el mercado peruano?* En: AAVV. *La Evolución de la Libre Competencia en el Perú. Op. Cit.* Pág. 117.

¹⁶⁴ CÁCERES FREYRE, Fernando. *El por qué de la política de libre competencia.* En: Revista Derecho y Sociedad No. 19. Págs. 89-103.

¹⁶⁵ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales.* Palestra Editores, Lima, 2006. Págs. 697 y ss.

¹⁶⁶ ROJAS LEO, Juan Francisco. *El abuso de posición de dominio en el mercado en la legislación nacional.* En: *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.* Año 01, N° 01. INDECOPI, Lima, 2005.

¹⁶⁷ Hacemos esta aclaración debido a que con la dación del Decreto Legislativo 1034 (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas) en el año 2008 se ha dejado claro que en el Perú sólo se sancionan las llamadas conductas “exclusorias” y no las “explotativas”. Sin embargo, la argumentación contraria de ROJAS LEO se soporta en referentes constitucionales, de modo que desde su perspectiva esta última ley eventualmente podría ser inaplicada por *control difuso*.

¹⁶⁸ NODA YAMADA, Carlos Ramón. *La represión del abuso de posición de dominio en el mercado en el Derecho Peruano.* En: *Dialogo con la Jurisprudencia.* Vol. 10, N° 71, 2004. Pág. 83.

Depurando un poco este común denominador, una parte de la doctrina justifica la adopción del sistema competitivo únicamente sobre la base de su alegada eficiencia y, por ende, afirman que el Derecho de la Libre Competencia se fundaría en última instancia en la preservación de la misma. Evidentemente, adoptada esta posición, los criterios de anticompetitividad (ilicitud) de las conductas denunciadas se desarrollan en función de su eficiencia. Sobre el particular, traemos a colación la clasificación de los fines de la legislación de libre competencia realizada por TOVAR MENA, en los siguientes términos: “*La finalidad de una legislación de libre competencia pueden clasificarse en económicas y no económicas. Las finalidades económicas se sustentan en la teoría económica para definir qué es lo más beneficioso para una sociedad*”¹⁶⁹. A continuación, la autora cita a Stephen ROSS y a Richard POSNER para acreditar que existen motivos técnicos suficientes para repudiar la ineficiencia y los precios monopólicos. Por otro lado, también menciona cuáles serían los fines no económicos de la legislación de libre competencia: mantenimiento de la rivalidad, protección de pequeños negocios, dispersión del poder económico así como aquéllos basados en doctrinas neopopulistas¹⁷⁰.

Nuestra tesis está encaminada a criticar en general aquél denominador común ya mencionado y, en especial, a aquél subconjunto de posiciones que afirman la existencia de *fundamentos económicos* que justifican la intervención estatal en forma de restricción de los derechos de propiedad, libertad de empresa e iniciativa privada de los individuos. Estos fundamentos económicos se refieren a la necesidad insalvable de corregir *fallas de mercado* -en particular, el poder monopólico- en función a las ineficiencias que generarían. Consecuentemente, las posiciones que no se identifiquen con estos *fundamentos económicos* -digamos, por ejemplo, una política Antitrust deliberadamente redistributiva- escaparían del objeto del presente trabajo.

¹⁶⁹ TOVAR MENA, Teresa. *Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones*. ARA Editores. Lima, 2006. Pág. 32.

¹⁷⁰ *Ibídem*. Págs. 37-42.

1.1. El marco institucional pro competencia en el Perú.

Ya desde la Constitución de 1933 existía un rechazo explícito a los monopolios y acaparamientos¹⁷¹. En su artículo 133, la Constitución de 1979 continuaba la tendencia de rechazar los monopolios en sí mismos: “*Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes*”. Se entendía ya desde entonces que tales monopolios, oligopolios, acaparamientos, etc. constituían actividad “anormal” del mercado y que, en ese sentido, el Estado tenía el deber de restablecer la “normalidad” del mismo. Esta identificación de los monopolios privados -espontáneos- con el poder de quebrar o eliminar la competencia, así como el deber del Estado de restablecerla es una idea que, a pesar de algunos refinamientos conceptuales, perdura hasta hoy.

En efecto, luego de décadas de fuertes distorsiones estatales en todo ámbito de la actividad económica, entre las que destacaron subsidios y los controles de precios que degeneraron en la crisis inflacionaria más grande de la historia peruana, en la década de los 90’s se liberalizaron los precios y se emprendió una serie de reformas institucionales con el objeto de crear un entorno donde se pueda desarrollar la competencia. Este proceso de reformas cubrió casi todos los sectores del mercado -comercio exterior, mercado financiero, mercado laboral, servicios públicos, infraestructura, etc.-, bajo la consigna de que la apertura comercial y la competencia económica serían condiciones que permitirían incrementar la competitividad del país, el crecimiento y el desarrollo. Bajo esa idea, el rol del Estado en lo económico tendría que limitarse a: (i) asignar titularidades, (ii) establecer cláusulas que se aplicarán en ausencia de la voluntad de las partes, (iii) garantizar el cumplimiento de los contratos y, (iv) corregir las denominadas fallas de mercado¹⁷².

¹⁷¹ Constitución Política del Perú de 1933. Artículo 16: “*Están prohibidos los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. La ley fijará penas que se interpongan a los contraventores. Sólo la ley puede establecer monopolios estancos del Estado en exclusivo interés nacional*”.

¹⁷² GOMEZ APAC, Hugo. En: AAVV. *La Evolución... Op. Cit.* Pág. 54.

En este contexto, mediante Decreto Ley 25868 del 6 de noviembre de 1992 se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, como entidad especializada y técnica encargada de supervigilar y promover el correcto funcionamiento de la economía de mercado en el Perú, interviniendo allí donde existan fallas de mercado. En la Exposición de Motivos de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI (Decreto Legislativo N° 807) se definió el rol del INDECOPI en los siguientes términos generales: *“En una economía de libre mercado, el Estado no puede decidir qué, para quién ni cómo producir. Son los agentes económicos quienes determinan en base a sus propias decisiones económicas, cómo deben asignarse los recursos existentes. La labor del Estado [...] se encuentra dirigida básicamente a evitar que se produzcan situaciones que atenten contra la propia dinámica del mercado. En este contexto, la labor del Indecopi se dirige antes que sancionar, a procurar –por medio de incentivos correctos- corregir algunas fallas del mercado sólo cuando existe la convicción de que éste no puede solucionar el problema por sí sólo”*¹⁷³.

Más concretamente:

*“Mientras las reglas de la libre competencia se cumplan –bajo los supuestos y criterios señalados en los puntos anteriores-, un desequilibrio entre la oferta y la demanda de un bien o servicio o alguna otra ineficiencia en la asignación de recursos tendrá normalmente un carácter transitorio y podrá ser resuelto en gran mayoría de casos por las propias fuerzas del mercado. Bajo esa lógica, no existiría mayor rol para una intervención del Estado en este campo. Sin embargo, **los mercados pueden tener imperfecciones que obliquen a que el Estado intervenga, sin distorsionar los principios del libre mercado, para producir mejores resultados.** Las imperfecciones de los mercados que requiriesen una acción del Estado pueden estar relacionadas con tres tipos de fenómenos: altos costos de transacción, **posiciones monopólicas o prácticas restrictivas de la libre competencia**, cuando los agentes económicos no cuentan con*

¹⁷³ En: MINISTERIO DE JUSTICIA. *Libre competencia. Legislación y Jurisprudencia*. Primera Edición Oficial. Editora Normas Legales. Trujillo, Pág. 157.

*información suficiente para tomar sus decisiones o cuando existen externalidades en el consumo y producción de los bienes*¹⁷⁴ (énfasis agregado).

Podrá notarse que en este marco de reformas ya no se prohibieron los monopolios en sí mismos, como sí se había hecho durante la vigencia de Constituciones anteriores, sino que la preocupación se centró en el *ejercicio abusivo o irregular del poder de mercado*. Así pues, la aún vigente Constitución Política de 1993, en su artículo 61, prescribió: “*El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios [...]*”. De la misma manera, la posición de Tribunal Constitucional ha intentado encuadrar sus decisiones dentro de esta prescripción, indicando: “*Y es que **toda regulación estatal debe justificarse por la presencia de una falla del mercado**, es decir, por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen de libre competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos, lesionando intereses públicos*¹⁷⁵ (negritas nuestras). En otra oportunidad, el mismo Colegiado también precisó lo siguiente: “*Dentro de tal contexto, no se trata naturalmente de que el Derecho intervenga con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien (y en eso reside su intervención) de **garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva** y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone, estén siendo realmente cumplidas. Intervenciones en el ámbito de acceso al mercado pueden darse, por ejemplo, cuando el producto o servicio que pueda ser ofertado no se encuentre permitido por la ley. Por el contrario, intervenciones en el ámbito de la autodeterminación dentro del mercado pueden darse, cuando tras la puesta en movimiento de las propias reglas que lo caracterizan, **se generen situaciones distorsionantes de la***

¹⁷⁴ INDECOPI. *Preguntas sobre la libre competencia en el marco de una economía global*. Lima, 1997. Citado en FLINT, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Op. Cit. Pág. 29.

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.

libre competencia, como sucede con los monopolios o las prácticas dominantes¹⁷⁶ (negritas agregadas).

Pero a pesar de la precisión -de que el objeto de control sería el ejercicio abusivo del poder de mercado y no la posición monopólica en sí misma- nótese que la idea de fondo era la misma que la existente en las Constituciones anteriores: *Que el propio mercado podía generar espontáneamente posiciones de poder a favor de algunas empresas, que sin el uso de la fuerza física o de la violencia estaban en capacidad de lesionar, distorsionar o eliminar el proceso competitivo; de tal manera que el Estado tenía el deber de reprimir estas prácticas anticompetitivas y restaurar la eficiencia del sistema sin vulnerarlo.* Sobre esta premisa, se exige que el derecho de propiedad, a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, a la contratación y, demás derechos económicos se ejerzan sin restringir o distorsionar la libre competencia.

Luego de este breve recuento, debemos plantear por lo menos dos problemas importantes. El primero tiene que ver con la noción de competencia que se tenga en mente. Podemos estar de acuerdo en que el sistema competitivo merece protección –al margen de si lo hacemos por razones utilitaristas de eficiencia o por un respeto absoluto de los derechos individuales-; sin embargo, si no se entiende cómo funciona el proceso competitivo entonces muchas conductas podrían ser catalogadas como anticompetitivas sin serlo y consecuentemente serían materia de sanción. De igual modo, podrían existir muchas situaciones verdaderamente distorsionantes de la libre competencia, que no sean identificadas como tales y que por tanto nunca sean corregidas. *Sostenemos, como demostraremos más adelante, que la noción de competencia en el Derecho de la Libre Competencia peruano es sumamente vaga y genérica, lo que no permite identificar fehacientemente a las conductas anticompetitivas.* Cuando esta noción tiene algún desarrollo, demuestra que es estática y está fuertemente influenciada por el modelo de competencia perfecta que hemos criticado en la primera parte de este trabajo, lo que ha ocasionado que las conductas anticompetitivas tipificadas como tales en realidad no

¹⁷⁶ Fundamento 17. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de enero de 2005, recaída en el Expediente N° 3315-2004-AA/TC.

lesionan el proceso competitivo, si éste se mantiene abierto y dinámico. Al contrario, tales conductas: o bien son expresiones de mayor eficiencia en un contexto de incertidumbre y desequilibrio -es decir, que satisfacen mejor a los consumidores-, o bien son conductas que resultan ineficientes y restan valor a la propia posición de quien las ejecuta, perjudicándola, no afectándose así la competencia como proceso de innovación y descubrimiento. El segundo problema, derivado del primero, consiste en la inminente e inerradicable arbitrariedad de la agencia de competencia. Dado que están en juego derechos fundamentales, es legítimo preguntarse si las decisiones de la agencia de competencia pueden efectuarse sobre parámetros objetivos, o si por el contrario existe cabida para que el funcionario de turno exprese sus preferencias concretas y juicios de valor cuando analice los mercados, como si él fuera un empresario o un jugador más. Esta última inquietud ha sido generalmente atenuada afirmándose que el INDECOPI es (o debe ser) un organismo “técnico”. Ambos problemas serán abordados a continuación.

2. LA NOCIÓN DE COMPETENCIA EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA PERUANO.

2.1. Caracterización del problema.

La noción de competencia no es un problema meramente teórico ni una disquisición de poca importancia. La teoría responde a nuestro deliberado intento por entender de manera articulada los fenómenos, ya sean naturales o sociales. Para construir teoría es preciso reflexionar y observar, razonar, construir conceptos abstractos a fin de identificar los elementos de los fenómenos que estudiamos y su dinámica. Una errónea concepción o explicación del fenómeno estudiado tergiversa nuestra interpretación de los hechos a nivel práctico, tanto actual o potencialmente. En el caso concreto, una errada noción de competencia genera que advirtamos problemas de competencia allí donde no los hay, así como que no advirtamos problemas donde sí los hay. El problema es similar a la situación de un médico que no

entiende bien cómo funciona la fisiología de un sistema de la anatomía humana en concreto y consecuentemente diagnostica como enfermedades algunos procesos que son fisiológicos, mientras que no logra percibir claramente procesos que son patológicos y que sí requieren de intervención o curación.

La recurrente distinción entre *políticas de competencia* y *legislación de competencia* es útil para explicar este punto. La legislación no es sino una expresión de las políticas de competencia; esto es, de alguna manera aquélla trae un sustrato o vocación política por detrás. Nosotros no cuestionamos la preferencia política por la competencia económica, sino que nuestra limitación estará en demostrar que el funcionamiento del mercado en competencia es considerablemente distinto de lo que los propios impulsores de las políticas de competencia consideran y, por tanto, que sus preocupaciones acerca de cómo intervenir mejor en el mercado para corregir sus *fallas* son injustificadas.

2.2. La noción de competencia en la doctrina nacional.

En el Perú, la noción de competencia puede extraerse no sólo de la doctrina, sino principalmente de las resoluciones expedidas por la agencia de competencia. La delimitación y características de esta noción de competencia son importantes porque, tal como se ha demostrado anteriormente, el objetivo de una legislación de competencia es preservar el proceso competitivo. Pero, ¿en qué consiste este proceso que pretendemos preservar? ¿Cuáles son sus características? La respuesta que brindemos a esta interrogante determinará y definirá por oposición cuáles serían las conductas contrarias al mismo, i.e. anti-competitivas.

Respecto de tal interrogante, ni la doctrina ni la agencia de competencia han desarrollado una teoría causal-realista de la competencia que explique correctamente su funcionamiento, características y consecuencias, a partir de la cual podamos inferir claramente qué conductas afectan dicho proceso. A efectos de sustentar esta afirmación, a continuación haremos una revisión de las nociones de competencia presentadas por los académicos peruanos más representativos de esta disciplina.

Veamos. KRESALJA aborda el tema de la siguiente manera: “4.1.1.1. *Empleamos con frecuencia y, en variados sentidos, la palabra competencia. Pero siempre, en todos los casos, conlleva la idea de lucha y de esfuerzo frente a otros; e, implícitamente, la de ganancia o pérdida, de victoria o de derrota. Y también supone la idea de riesgo, de obstáculos por superar en un mundo cambiante que exige y que plantea retos y demandas que es necesario enfrentar. En el mundo de las personas, si bien la lucha por la vida es, en cierto sentido, siempre competencia, todas no la practican, al menos en el sentido que empleamos el término en este trabajo. Diferente es en el caso de las empresas, en el que su mención es casi siempre inevitable. Aquéllas o éstas, si no lo hacen -o lo hacen mal-, son, en el lenguaje diario, no competitivas. Y, por duro que sea, en las sociedades regidas con diversa intensidad por el capitalismo y la democracia representativa, quien no compite -o lo hace mal- pierde, socialmente, estima. No estamos en esta materia en el mundo de Dios, sino en el de César.*

4.1.1.2. *Es preciso tener presente que competencia y concurrencia no son conceptos iguales ni expresan lo mismo. Concurrencia, en términos económicos y jurídicos, es la junta de varias personas o empresas en el mercado, el poder o facultad de acudir a éste. Tiene una connotación cercana a la de acceso al mercado. Competencia es oposición, rivalidad, lucha en el mercado entre dos o más que a él acuden, o que ahí ya están. Mientras que la concurrencia hace, pues, referencia a la pluralidad de empresarios oferentes de bienes o servicios en el mercado, competencia significa rivalidad entre ellos.*

[...]

4.1.1.4. *La dificultad para determinar el contenido jurídico del término competencia proviene de su carácter económico y de la ausencia de un contenido unívoco, pues en la ciencia económica se habla de diferentes clases o tipos de competencia: perfecta, imperfecta, efectiva, monopolista, etcétera. A ello se suma la ausencia de definiciones en las leyes que tratan de la competencia económica. Aquí no nos interesa reconstruir una pura discusión teórica al respecto, sino saber cómo se presenta realmente en el mercado,*

*especialmente en las economías capitalistas desarrolladas: como competencia imperfecta o monopolística*¹⁷⁷.

No hay nada en la primera parte de esta cita que nos dé una noción clara de lo que podría ser una conducta *anticompetitiva*. KRESALJA parte de una definición bastante amplia de competencia, en la que destaca la *rivalidad* entre las empresas, el *riesgo*, así como la necesidad de que sean *competitivas* (aunque este término parezca que su razonamiento es circular) para poder obtener ganancias, pero priva al lector del *quid* (la esencia) que podría ayudarle a determinar fehacientemente cuándo una conducta es anticompetitiva y cuándo no lo es. Es más, si –de acuerdo a la cita- la *rivalidad* es lo que caracteriza la competencia, entonces desde esa misma perspectiva toda limitación o restricción a la rivalidad debería ser sancionada y, sin embargo, el mismo autor acepta la legalidad de *algunos* acuerdos que limiten la rivalidad entre competidores¹⁷⁸: los *acuerdos accesorios* –en oposición a los *acuerdos desnudos*. Ergo, o bien el autor buscar proteger algo distinto a la competencia entendida como rivalidad (V.g. podría preferir los resultados *eficientes*, de tal manera que éstos determinen la legalidad de los acuerdos, al margen de la *rivalidad*), o bien su noción de competencia como *rivalidad* requiere algo más de desarrollo. Este problema de definición amplia y sin mayor desarrollo se agrava porque sin desplegar un puente explicativo, el mismo autor hace un salto al afirmar que: “*La lógica de las normas protectoras de la competencia es evitar el uso indebido del poder de mercado por parte de las empresas*”¹⁷⁹ sin explicar cómo así el uso “*indebido*” de este poder -que tampoco define claramente¹⁸⁰- puede restringir o eliminar la *rivalidad*. Simplemente –tal como

¹⁷⁷ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *Perú, consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*. : Pensamiento Constitucional Año XII, N° 12. Págs. 38-40

¹⁷⁸ Así, cita la Resolución 276-97-TDC del 19 de noviembre de 1997: “*Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán per se ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad*”. Op. Cit. Pág. 96.

¹⁷⁹ *Ibídem*. Pág. 44.

¹⁸⁰ Lo indebido sería buscar beneficios por medios distintos a los méritos empresariales: “5.7.1. *Las normas protectoras de la libre competencia existen para evitar que los participantes en el mercado abusen de su libertad de acción buscando beneficios por medios distintos a la*

hacen la mayoría de autores- *da por sentado* que cierto poder de mercado puede perjudicar la competencia y que la agencia de competencia debe controlar ese poder. No hay un desarrollo teórico explícito y articulado que dé cuenta cómo así transacciones voluntarias efectuadas por la empresa dominante con otros competidores o consumidores pueden perjudicar aquél proceso de rivalidad antes definido.

A lo más, dice que las conductas anticompetitivas son aquéllas que no son eficientes y que no se basan en méritos empresariales. No obstante, esta noción de los “*méritos empresariales*” como criterio que separa la competitividad de la anticompetitividad de las conductas es ambigua, arbitraria y tampoco resulta plenamente aplicable en el sistema antimonopolio. A modo de ejemplo, bajo el referido criterio de los méritos empresariales, no se entiende cómo la negativa de trato (típica conducta anticompetitiva) pueda restringir o eliminar la rivalidad o pluralidad entre competidores sin basarse en méritos empresariales. Veamos: El desarrollo de ciertas economías de escala o la producción de ciertos bienes de capital ofrecen ventajas naturales y competitivas a favor de algunas empresas, las cuales inevitablemente ejercen discrecionalidad al momento de tomar sus decisiones empresariales con respecto de tales bienes de capital, tal como cualquier otro agente -con o sin poder de mercado- lo haría. Si el mercado permanece abierto y se permite que los capitales fluyan libremente, nada obsta para que cualquier otra empresa competidora desarrolle sus propias economías de escala, produzca los mismos bienes de capital, o cree nuevas formas de establecer relaciones con sus consumidores. ¿Cómo así la negativa de trato obstruye este proceso abierto de rivalidad? No hay explicación. Al contrario, *existe un mérito empresarial en haber advertido, invertido y producido antes que otros competidores aquéllos bienes de capital o estructuras valiosas para los consumidores y para los propios competidores*. Consecuentemente, tomar decisiones discrecionales que impliquen *no compartir* lo producido forma parte del aprovechamiento de las ventajas competitivas basadas en méritos empresariales. Ergo, las negativas de trato no tendrían por qué ser catalogadas como anticompetitivas.

competencia basada en los méritos empresariales. Se trata del derecho Antitrust”. Ibídem. Pág. 94.

El punto 4.1.1.4. arriba citado nos da mayores luces y razones sobre la posición del autor. Él se basa en la competencia entendida desde los diversos escenarios de equilibrio que provee la teoría económica neoclásica, principalmente el de la competencia imperfecta. De ahí su noción de poder de mercado, los temores de su ejercicio y su rechazo al ejercicio abusivo de dicho poder. Tal como señalaba FELICES, lo que realmente les preocupa del poder de mercado es la pérdida de eficiencia social, concepto que sólo puede extraerse mediante la Falacia del Nirvana.

Pinkas FLINT cita un documento publicado por el INDECOPI denominado *“INDECOPI. Preguntas sobre la libre competencia en el marco de una economía global”*¹⁸¹, donde se define la libre competencia en los siguientes términos: *“El concepto de economía de mercado tiene uno de sus fundamentos principales en la libre competencia, que resulta de la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo”*. Podemos apreciar que esta definición también es amplia y aparentemente correcta; sin embargo, incluso las típicas conductas anticompetitivas encajarían en esta definición, por lo que, siendo coherentes, no serían realmente anticompetitivas. Por ejemplo, consideremos a una empresa con poder de mercado que aplique condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros (conducta anticompetitiva tipificada en el Decreto Legislativo N° 1034, artículo 10.2, literal b). En ese supuesto hay concurrencia libre, consumidores que toman decisiones libres, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo. Ergo, no entiende cómo así dicha conducta anticompetitiva restringe o elimina la competencia.

¹⁸¹ FLINT, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2002. Pág. 28.

Más adelante, el mismo documento señala que la regulación de las prácticas comerciales debe ser aplicada cuando de modo natural no existan las condiciones suficientes para que se produzca la libre competencia¹⁸². Pero, ¿cuándo sucede eso?, ¿se tiene una noción clara de las “*condiciones suficientes para que se produzca la libre competencia*”? Lo único que atina a decir ese documento del INDECOPI sobre este tema es que la regulación debe darse cuando el comportamiento de los consumidores y/u otros agentes productivos en el mercado atenten contra los fundamentos del sistema de libre competencia. Está claro que no lo tienen claro.

Los mismos problemas se presentan en la siguiente definición: “*La libre competencia, entendida como la situación en la cual los agentes económicos rivalizan entre ellos con el fin de obtener las preferencias de los consumidores. [...] En un mercado competitivo, basado en la libertad de empresa y la libre iniciativa privada las decisiones de cómo, qué y para quién producir se determinan de manera espontánea en función de decisiones atomizadas de miles o millones de personas. Productores maximizan sus ganancias y consumidores asignan eficientemente sus recursos al consumir productos a precios iguales o menores a su disposición a pagar*”¹⁸³. Nótese que esta descripción de la competencia se da en *todos* los mercados sin barreras legales a la entrada, libres de agresión o violencia. Al igual que en los casos anteriores, si uno adoptara esta noción, en principio correcta, debería concluir que las típicas conductas anticompetitivas encajarían en ella y, por tanto, deberían estar libres de sanción.

Sin embargo, dichos autores no llegan a tal conclusión. Por el contrario, a continuación nos ofrecen algunos criterios *adicionales* que nos permiten inducir que su noción de competencia está profundamente impregnada de aquel modelo de competencia perfecta neoclásico: “*Sin embargo, la conducta de los agentes, la información disponible, los costos de transacción, los incentivos existentes o la propia estructura y/o características del mercado, por lo general,*

¹⁸² *Ibíd.* Pág. 29.

¹⁸³ GOMEZ APAC, Hugo R. y ZÚÑIGA PALOMINO, Mario. *Propiedad, Libertad de Contratación y Libre Competencia*. En: Revista de Economía y Derecho, Otoño 2005, Pág. 96-96.

ocasionan que el mercado no sea capaz de conducirnos a resultados eficientes (en producción, innovación y asignación), situaciones éstas en las que el derecho privado (a través del derecho de propiedad, los contratos y la responsabilidad civil) resultan insuficientes para alcanzar óptimos sociales, por lo que es necesario que el Estado intervenga con el fin de buscar replicar, mediante mecanismos diferentes a los del mercado, un resultado cercano a las eficiencias que este proveería en ausencia de tales distorsiones”.

Si bien no lo dicen expresamente, esta caracterización es propia del modelo neoclásico de competencia perfecta, en el cual el conocimiento perfecto, la ausencia de costos de transacción, la ausencia de incertidumbre, la estructura atomística, los productos homogéneos, la pluralidad de agentes, etc. resultan en un equilibrio perfecto, en un escenario óptimo de resultados eficientes. Desde esa perspectiva, parece coherente pensar que condiciones y conductas que difieran del modelo –tales como la información imperfecta o estructuras de mercado concentradas- nos alejen de aquél deseado óptimo de eficiencia social. *Es coherente pero incorrecto.* El modelo de competencia perfecta está profundamente errado, no sólo en su método sino en su caracterización de lo que es la competencia, convirtiéndose en una construcción idealista –según lo explicado en la primera parte de este trabajo- irrelevante e impertinente para el análisis serio de cualquier fenómeno económico real.

Dicho ello, es palmario que los autores no consideran a la incertidumbre, el dinamismo o los costos de transacción como circunstancias connaturales del proceso social que generan conductas creativas y adaptativas por parte de los competidores y consumidores. Desde su perspectiva, aquéllas circunstancias, aunadas a los diversos grados de concentración deben verse con recelo pues no garantizan la eficiencia. Y entonces, dadas estas circunstancias *imperfectas*, las estrategias empresariales requerirían una *aprobación oficial -previa*, si se trata de control de estructuras, o *posterior*, si nos referimos al control de conductas- por parte de la agencia de competencia, que fungiría como una declaración *objetiva* de que la conducta denunciada bajo análisis es *eficiente* para que sea lícita. Tal como ya pudimos apreciar en la primera parte, esta posición cae doblemente en la Falacia del Nirvana, al crear una falsa dicotomía

(i) entre *mercados perfectos* que alcanzan la eficiencia y *mercados reales*, llenos de fallas, que no la alcanzan; y (ii) entre *mercado reales imperfectos* versus agencias de competencia objetivas y libres de fallas.

Nuestro enfoque de la competencia es absolutamente distinto. La incertidumbre, información imperfecta, los costos de transacción, las distintas estructuras de mercado, etc. son realidades connaturales al proceso competitivo de ensayo y error y, precisamente el desequilibrio que generan es lo que hace posible el constante proceso de reasignación de recursos entre nuevos fines alternativos. Son pues, junto con la escasez y la creatividad humana, la fuente de los beneficios puros y de toda actividad económica. Ahora bien, no es que el proceso competitivo no pueda generar ineficiencias o descoordinaciones. En nuestro concepto, aquél solamente garantiza que éstas puedan ser superadas si los agentes económicos logran percibir alternativas de uso de recursos mejor coordinadas con las necesidades de los consumidores. Y, en todo caso, es este proceso lo que debería ser objeto de estudio y explicación.

ROJAS LEO es más explícito y claro con su noción de competencia: *“El artículo 61º hace una clara declaración de valor positivo en cuanto a la libre competencia. Atribuir valor positivo a la libre competencia significa considerar como una aspiración positiva del Estado Peruano que, en el funcionamiento del mercado nacional, sea la libre competencia la fuerza reguladora de la acción de los agentes económicos. La libre competencia, en su contenido básico, no es otra cosa que un escenario de mercado en el que existe libertad de elección, los precios se forman libremente por acción de la ley de la oferta y la demanda y, es imposible que un agente económico decida su política industrial con independencia de los otros actores del mercado”*¹⁸⁴. Luego de la declaración positiva, hace una de carácter negativo: rechazo a toda práctica que limite la libre competencia. Hay que reconocer que en esta definición existe mayor claridad pues la esencia de la competencia sería la libertad de elección y la existencia de precios libres producto de las leyes de la oferta y la demanda. Y

¹⁸⁴ ROJAS LEO, Juan Francisco. *El abuso de posición de dominio... Op. Cit.* Pág. 86-87

entonces, las conductas anticompetitivas serían aquéllas que tergiversen o eliminen este sistema de precios libres, efectuadas por agentes que *pueden* “excluirse” de las leyes de la oferta y de la demanda, actuando con independencia.

Si bien está claro, tiene errores insalvables. Tal como expusimos en la Parte I, nadie en el mercado puede actuar de manera independiente. Al ser el mercado una red dinámica de relaciones voluntarias de intercambio, siempre se requiere de por lo menos dos personas para la celebración de cualquier transacción o acuerdo. *La idea de independencia niega que el productor, propietario del bien demandado por el consumidor, dependa de la decisión de éste para la celebración del intercambio.* Negar esta dependencia conllevaría una contradicción en términos: *independencia e intercambio* (relación). La alegada idea de independencia siempre proviene de un indebido y superficial análisis estático del mercado, al cual ya nos hemos referido en la primera parte de este trabajo. Pasa por alto que los planes y pretensiones del productor sólo pueden alcanzarse gracias a que existe una contraparte, que ésta se beneficie de la transacción y que, consecuentemente, acepte lo ofrecido.

Asimismo, llama poderosamente la atención que el autor sostenga que es posible, sin fuerza o violencia de por medio, “violar” la ley de la oferta y la demanda, como si ésta fuese una norma jurídica positiva pasible de ser incumplida. Ergo, si nadie puede actuar de manera independiente ni excluirse de las leyes de la oferta y la demanda vía intercambios voluntarios, entonces la noción de *anticompetitividad* de ROJAS LEO –tal como ha sido expuesta– parece ser inaplicable a las prácticas comerciales del mundo real.

Por su parte, CÁCERES FREYRE opina que la premisa del sistema competitivo es que los individuos son quienes mejor pueden decidir cuáles son sus necesidades respecto de los bienes. Para él, el sistema de precios permite manifestar qué necesidades son más urgentes y qué otras prefieren dejar insatisfechas: “*El sistema de precios es un mecanismo mediante el cual los consumidores manifiestan a través de su deseo de pago relativo qué necesidades quieren satisfacer de acuerdo con sus restricciones*

*presupuestarias*¹⁸⁵. Antes de proseguir, debe precisarse dos cosas: (i) Que los individuos estén en mejores condiciones cognitivas para tomar decisiones sobre sus bienes es una ventaja comparativa frente a terceros, mas no significa que sean omniscientes y no puedan cometer errores; y que (ii) dada la incertidumbre, la creatividad y el dinamismo connaturales a la realidad social, ningún mercado puede llegar al equilibrio; por ende, ningún sistema de precios puede expresar perfectamente las preferencias de los consumidores. Lo que sí hace el sistema competitivo es *permitir la emergencia de tendencias de coordinación*; esto es, permitir que la creatividad empresarial, por tanteo, se acerque lo más posible a producir lo que los consumidores desean, en la cantidad y calidad que efectivamente están dispuestos a adquirir. Dentro de este proceso de coordinación, los precios únicamente juegan un papel *orientador y de transmisión de información*.

Con estas importantes aclaraciones en mente, ¿es posible que conductas no impuestas por la fuerza puedan alterar este sistema de precios, haciendo que los consumidores pierdan el poder de manifestar sus deseos de consumo? CÁCERES FREYRE piensa que sí y, es más, hace suyos todos los argumentos posnerianos sobre las ineficiencias del modelo neoclásico del monopolio, en especial, la idea de que los *precios monopólicos* inducen a los consumidores a adquirir “falsas alternativas”, con lo cual demuestra que su referente siempre es la competencia perfecta así como el costo social del monopolio llamado *deadweight loss*.

Nuestra posición es contraria. Mientras los consumidores mantengan el control absoluto sobre sus recursos, siempre podrán expresar sus preferencias y sus valoraciones en cada precio que se forme, sin necesidad de aludir a ningún escenario perfecto con el cual comparar estos precios reales que se forman. Incluso los *precios altos* expresan el valor que los consumidores asignan a los bienes transados. De hecho, tanto es así que los *precios altos* reflejan las valoraciones de los consumidores, que gracias a ellos existe un incentivo para que otros empresarios ingresen a competir en aquéllos sectores donde los

¹⁸⁵ CACERES FREYRE, Fernando. *El por qué ... Op. Cit.* Pág. 96

precios son atractivos. *Dicho de otra manera, los precios altos -en un contexto de mercados dinámicos- tienen la función de indicar dónde es rentable producir. Nada de ello restringe o lesiona la competencia; al contrario, son los “precios incorrectos” desde el punto de vista de los potenciales competidores los que permiten que éstos se embarquen en procesos productivos. Y mientras no existan competidores limitados por la fuerza de atender necesidades insatisfechas u otros resguardados por privilegios legales, cada precio formado podrá ser constante y efectivamente corregido mediante el ofrecimiento de mejores alternativas a los consumidores. Ambas condiciones -propiedad y libertad de entrada- sólo pueden restringirse o limitarse por medio de la agresión y la violencia. No debería sorprender entonces que las principales distorsiones de la competencia sean fruto -no deliberado, en algunas ocasiones- de la propia acción estatal.*

Una vez más, la noción de competencia y su antítesis –las conductas anticompetitivas- no logran ser correctamente caracterizadas como para permitir la identificación indudable de las conductas sancionables.

Alfredo BULLARD reconoce correctamente algunos elementos característicos del proceso competitivo cuando equipara éste con otro proceso social espontáneo: el lenguaje. Así, narra el predecible fracaso del Esperanto como un intento deliberado de planificar y controlar el lenguaje, extrayendo la siguiente moraleja para la política de competencia: *“¿Qué tiene esto que ver con la competencia y con el rol del Estado en ella? Pues tiene mucho que ver. La competencia no puede crearse. No puede inventarse. Al igual que el lenguaje, no puede planificarse ni decretarse. La competencia es un fenómeno espontáneo que nace de decisiones atomizadas de miles o millones de personas. No es posible una competencia planificada, concebida y creada desde un centro, desde el Estado. Ello está condenado al mismo fracaso del Esperanto. [...] La competencia no se crea, se descubre. Y el rol del Estado, como el de una Academia de la Lengua no es crear la competencia o sustituirla, sino, por el contrario, establecer algunas reglas básicas que*

*permitan su propio desarrollo*¹⁸⁶ Bajo esta perspectiva, la competencia, así como el lenguaje, se genera espontáneamente a partir de la interacción de millones de seres humanos produciendo e intercambiando unos con otros, generando instituciones que permiten la mayor coordinación posible entre lo que se necesita y lo que se produce. En este escenario, no caben equilibrios estáticos ni pérdidas de eficiencia social a partir de los cuales puedan identificarse las “fallas”.

Sin embargo, resulta sorprendente que sólo algunas páginas después del mismo libro (en un artículo siguiente) el autor termine adoptando una postura radicalmente distinta, íntimamente influenciada por la teoría neoclásica del monopolio, al indicar que la legislación de competencia tiene por objeto controlar las prácticas “indebidas”, “ilícitas”, o “abusivas”, etc. Dado que éstas últimas nunca podrían ser definidas claramente desde la perspectiva evolucionista adoptada originalmente, a fin de poder identificarlas, BULLARD rompe con esta noción evolucionista de la competencia y echa mano de la idea neoclásica de que un monopolio de libre mercado puede generar pérdidas de eficiencia social y que las empresas están en capacidad real de restringir la competencia –ya no entendida como un proceso social abierto, creativo y espontáneo- sin utilizar la fuerza o el privilegio estatal:

“Así, en el caso del monopolio, la empresa se encuentra en una posición que le permite restringir la producción, creando un desbalance entre la demanda real en el mercado, dado que el costo marginal de producción del producto y la oferta. Lo que hace es generar una escasez artificial.

[...]

El problema con el monopolio (o sus parientes, el oligopolio, el monopsonio y el oligopsonio) no radica tanto en el precio superior que tienen que pagar los consumidores, [...] El problema real es la restricción de la producción. Como el monopolista produce menos, satisface a menos consumidores haciéndole perder bienestar a la sociedad” (Pág. 647).

¹⁸⁶ BULLARD, Alfredo. *Derecho y Economía. Op. Cit.* Pág. 626.

BULLARD parece no percatarse de que en un mercado competitivo -en el sentido de espontáneo- y abierto, una restricción en la producción de un bien X libera los factores de producción serán reasignados en la producción de otros bienes, *cuya producción es más valiosa desde las expectativas subjetivas del productor*, de modo que no hay manera objetiva o técnica de concluir que dicha reasignación de factores a través de los mercados es netamente perjudicial. Tal como ya se discutió en la primera parte de este trabajo, toda la idea de *pérdida de eficiencia social (deadweight loss)* derivada de la restricción de la producción es falaz en un mercado sin barreras legales y, sólo se puede construir a partir de la errada idea del equilibrio y de los óptimos sociales.

Igualmente, para poder identificar las *conductas indebidas*, el autor se vale del reconocidamente vago¹⁸⁷ concepto de “*competencia normal*”, con lo cual termina de socavar su propia noción original de competencia como proceso evolutivo análogo al lenguaje:

*“Este principio “competencia normal” es **fundamental** para entender qué puede ser considerado abuso. **Una práctica abusiva es aquélla que no sería posible en condiciones de competencia normal, en las que los competidores son tomadores de precios y condiciones del mercado** y, que la empresa con posición de dominio desarrolla para reducir o evitar el incremento de la competencia existente. Pero nuevamente, los límites entre “competencia normal” y “competencia anormal” no son fáciles de establecer”*¹⁸⁸.

*“Usualmente los casos de abuso de posición de dominio pueden ser calificados como **práctica predatorias**. Se consideran prácticas predatorias aquéllos supuestos en los que una empresa que goza posición de dominio en el mercado utiliza dicha situación para **desarrollar conductas dirigidas o que tienen por efecto el***

¹⁸⁷ El mismo autor reconoce lo siguiente: “Los intentos por encontrar definiciones claras que nos den principios predecibles de actuación han sido intensos pero en general han fracasado. Los límites entre lo eficiente y lo abusivo son sumamente ambiguos e imprecisos, poniendo de manifiesto el riesgo de actuación de las autoridades”. Op. Cit. Pág. 711.

¹⁸⁸ *Ibídem*. Pág. 712 (negritas agregadas).

desplazamiento de uno o varios competidores por medios distintos a la competencia normal¹⁸⁹.

A fin de cuentas, nuestro autor sucumbe a una imprecisa idea de “competencia normal” como criterio *fundamental* para entender la idea de “prácticas anticompetitivas”; y peor aún, aparentemente equipara “competencia normal” con “competencia perfecta” cuando refiere que en aquélla los competidores son “tomadores de precios y condiciones”.

Otra distinguida autora nacional, Teresa TOVAR hace suya la siguiente definición de competencia citando a ROSS: “*Competencia puede entenderse como una expresión [...] que designa cualquier estado de cosas en que el bienestar del consumidor no puede ser incrementado por el avance hacia otro estado de cosas mediante una decisión judicial. Inversamente, “monopolio” y “restricción a la competencia” serían términos para designar situaciones en las que el bienestar del consumidor puede ser mejorado de la forma indicada y, “monopolizar” o realizar “actos restrictivos de la competencia” significaría usar prácticas contrarias al bienestar del consumidor [...] este significado es consistente con el uso ordinario. Cuando hablamos de lo deseable de la competencia, normalmente tenemos en mente cosas como precios bajos, innovación, elección entre productos diferentes- todas estas cosas pensamos como que son buenas para los consumidores. Nuestro entendimiento de los beneficios de la competencia para los consumidores es algo impreciso, pero eso no afecta el hecho de que es usualmente el principal valor que tenemos en mente*”¹⁹⁰.

Aquí, la noción de competencia está determinada por la capacidad de la agencia de competencia para reasignar recursos de tal modo que dicha reasignación alcance un estado de eficiencia mayor. Para la autora no es tan importante explicar cómo funciona el proceso competitivo, fenómeno que supuestamente el sistema antimonopolio pretende preservar. Es más, ni

¹⁸⁹ *Ibíd.* Pág. 715 (negritas agregadas).

¹⁹⁰ TOVAR MENA, Teresa. *Derecho de la competencia y telecomunicaciones*. ARA Editores, Lima, 2006. Pág. 34.

siquiera importa el proceso competitivo en sí; lo único que importa es alcanzar un estado de eficiencia. Esta perspectiva se alinea con la posición de GOMEZ, para quien la eficiencia es el fin perseguido y la competencia es el medio para alcanzar tal fin: *“La política de competencia protege al proceso competitivo en tanto éste genera eficiencias económicas en el mercado tales como las innovativas y las productivas, y estas eficiencias mejoran a su vez el bienestar de los consumidores. De forma tal que no se protege al consumidor por sí mismo sino que éste se va a beneficiar por el propio proceso competitivo. Se va a proteger al consumidor y se va a tender a maximizar el excedente del consumidor en tanto el proceso competitivo haya generado eficiencias económicas en el mercado. Así, podemos decir que la eficiencia económica en los mercados y la consiguiente maximización del bienestar de los consumidores es el fundamento de una política de competencia [...] Lo que va a sancionar la agencia de competencia son las restricciones a la competencia dado que estas restricciones a la competencia no nos llevan a situaciones eficientes del mercado”*¹⁹¹.

Ahora bien, uno de los principales problemas de estas posiciones que llamaremos “*eficientistas*” es la creencia de que en un mercado no intervenido las *situaciones ineficientes* pueden percibirse objetivamente, de tal manera que la agencia de competencia esté en condiciones de intervenir técnica y compulsivamente para corregirlas –léase, reasignar recursos- al margen de las relaciones construidas espontáneamente entre los individuos. En esa línea de pensamiento, las conductas anticompetitivas serían tales porque son netamente ineficientes; es decir, porque sus efectos negativos superan a los efectos positivos.

El problema está en que en un contexto de desequilibrio, muchas conductas consideradas “anticompetitivas” sí resultan ser eficientes, mientras que muchas otras conductas “competitivas” pueden resultar en terribles errores empresariales. Por ende, igualar la anticompetitividad de las conductas a su ineficiencia neta es falaz. Tales resultados se exhiben necesariamente en un

¹⁹¹ GOMEZ APAC. Hugo R. En: AAVV. *La evolución de la Libre Competencia en el Perú*. THEMIS, Proyecto CRECER y USAID. Lima, 2004. Pág. 56.

proceso heurístico de ensayo y error –que BULLARD intuyó correctamente en un principio- donde constantemente se descubren nuevos fines a satisfacer y nuevos medios para satisfacerlos, y se actúa conforme a ello. Es el *proceso dinámico* el que permite el flujo de acciones que tienden a la eficiencia. Pretender conocer imparcialmente una “situación ineficiente” para corregirla es un objetivo inadecuado, pues el sólo hecho de evaluar el contexto económico y juzgar la eficiencia de una conducta supuestamente anticompetitiva ya implica expresar preferencias, juicios de valor, expectativas: *es dejar de ser árbitro para convertirse en jugador.*

Si en verdad la agencia de competencia pudiera saber qué tipo de contrato es más eficiente, qué nivel de integración –vertical y horizontal- es más eficiente, qué nivel de concentración es más eficiente, qué condiciones de venta son más eficientes, etc., entonces la competencia perdería su razón de ser. Los economistas han contribuido a alimentar esta pretensión creando una serie de elementos matemáticos -cálculos econométricos y otros- que permitirían calcular costos marginales, curvas de oferta y de demanda, medir elasticidades como si fueran constantes, delimitar porciones fijas del mercado donde se ejercería poder, etc., llevándonos a pensar que es posible obviar al mercado, moldeándolo y llevándolo de la mano hacia un nivel de mayor eficiencia.

Lo más grave es que bajo estas posiciones la construcción de una noción de competencia pasa a un segundo plano. Confusamente, aquél fenómeno social que la legislación antimonopolio pretende preservar no se estudia ni se caracteriza en su real dimensión, sino que únicamente es definido en función a si puede mejorarse o no.

2.3. La noción de competencia en las decisiones de la agencia de competencia peruana.

Las agencias de competencia también han desarrollado, a través de sus decisiones, sus propias nociones de competencia, las cuales no son homogéneas sino que han respondido al variable criterio de las autoridades de

turno¹⁹². Aún así, todas estas nociones están alineadas dentro de la perspectiva neoclásica de la competencia y monopolio: análisis estáticos y profundamente influenciados por el modelo de competencia perfecta, ya sea desde su perspectiva positiva o normativa. A continuación veremos algunas de las principales resoluciones expedidas por la agencia de competencia peruana, de las cuales extraeremos ciertas conclusiones acerca de qué es lo que esta institución entiende por competencia y cómo pretende protegerla.

2.3.1. TNP v. Telefónica Multimedia

En el caso Televisión Nacional Peruana S.A.C. (TNP) contra Telefónica Multimedia (TM)¹⁹³, TNP denunció a TM por abuso de posición de dominio en razón a que ésta se había negado injustificadamente a incluir el canal TNP en la parrilla de canales del servicio de Cable Mágico (perteneciente a TM), aduciendo que dicha negativa generaba discriminación en el servicio de televisión por cable y vulneraba los derechos de su empresa y de los televidentes.

Teniendo presente una noción de competencia abierta y dinámica, hubiera sido fácil advertir que TM había logrado desarrollar una parrilla de canales suficientemente atractiva y exitosa, con servicios agregados que le permitieron crear para sí *ventajas competitivas* frente a sus competidores. Del mismo modo, que numerosos canales -integrados y no integrados con TM- también se habían desarrollado a fin de hacerse con la preferencia de los televidentes y de los operadores de parrillas. En ese contexto, TM y otros proveedores de servicio de televisión por cable competían dinámicamente por contratar los mejores canales e incorporarlos en sus parrillas, tal y como sucede en el caso

¹⁹² Así, es usual afirmar que durante la década de los 90's el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI, bajo la presidencia de Alfredo Bullard Gonzáles tenía criterios más cercanos a una política de libre mercado que aquellos acogidos por el mismo Tribunal bajo la presidencia de Juan Francisco Rojas Leo. BULLARD explica estas tendencias señalando que durante los noventa la finalidad del Derecho de la Libre Competencia estaba centrada en la preservación del *proceso* de mercado, mientras que posteriormente optó por dejar de lado el *proceso* para preponderar ciertos *resultados* concretos. Ver: BULLARD, Alfredo. *La década de los noventa. La experiencia peruana en libre competencia*. En AAVV. *La Evolución de la Libre Competencia en el Perú*. Op. Cit.

¹⁹³ Expediente N° 005-2004-CCO-ST/LC.

de los clubes de fútbol, cuando pugnan por producir y/o contratar a los mejores jugadores. Ninguno de estos agentes tenía su posición ganada o asegurada.

La denuncia de TNP sugería que ésta tenía algún tipo de derecho para utilizar las plataformas creadas por TM a fin de llegar a los consumidores, sin darse cuenta que su exclusión era producto de su poco atractivo frente a canales alternativos, incluso considerando que es un canal de señal abierta. Bajo su razonamiento, TNP creía tener alguna posición ganada en la competencia. Es más, aludió a que su exclusión de las parrillas era perjudicial para los consumidores, sin tener presente que las decisiones de los operadores de cable *siempre* están orientadas a estructurar parrillas más atractivas para aquéllos mismos alegados consumidores y que, en consecuencia, su exclusión constituyó un voto negativo de los operadores (como TM) en función a los intereses de aquéllos (televidentes). Hasta aquí, el proceso competitivo no había sido perjudicado. Con todo, si TNP no estaba de acuerdo con las decisiones de TM, entonces podía haberse integrado con otros operadores de cable, fomentado su propia imagen a fin de que sean los propios consumidores quienes demanden la inclusión de TNP en la parrilla de Cable Mágico, o por último, iniciado su propio servicio de cable, incluyendo a otros canales atractivos pero relegados. Como tales alternativas estaban fuera del alcance de TNP, éste decidió tentar la posibilidad de “colgarse” (*to free-ride*) de la estructura creada por TM, con lo cual, en realidad, TNP estaba intentando excluirse de los rigores de la competencia. De la misma opinión es ZÚÑIGA, quien comentando tres proyectos de ley que obligarían a los operadores de cable a incluir canales de señal abierta en sus parrillas (*must-carry obligations*), concluye que este tipo de iniciativas promueve el *free riding* y desincentiva la inversión de televisión por cable¹⁹⁴.

Sin embargo, OSIPTEL –autoridad ante la cual se presentó la denuncia en primer lugar- no vio la alegación del denunciante de este modo. Para dicha

¹⁹⁴ ZÚÑIGA PALOMINO, Mario. *El “deber de transmitir señales” en el mercado de televisión por cable ¿Promoviendo la competencia o el free-riding?*. En: *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*. Año 02, N° 03. INDECOPI, Lima, 2006. El autor afirma que los proyectos de ley que comenta restringen los derechos propiedad de los operadores de cable, máxime si ninguno de los proyectos prevé que el canal de señal abierta pague alguna contraprestación.

autoridad, la conducta de TM no afectaba a los consumidores porque “el usuario conectado al servicio de Cable Mágico interesado en recibir la señal de TNP tiene la posibilidad de acceder al mismo a través de la colocación de una antena para captar la señal de dicho canal y, del retiro manual y momentáneo del cable de su televisor”¹⁹⁵. Es decir, no vieron la pretensión del denunciante como un intento de eximirse de los rigores de la competencia, sino al contrario, procedieron a evaluar si el acceso al canal TNP era “fácil” o “difícil”. Al final, OSIPTEL se declaró incompetente para conocer la denuncia declarándola IMPROCEDENTE; sin embargo, bajo la misma motivación expuesta, ¿qué hubiera resuelto OSIPTEL en caso el acceso a la señal de TNP hubiera resultado “difícil” o “muy difícil”?

Cuando la misma denuncia fue conocida por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, entre otros argumentos, esta agencia indicó:

“61. A criterio de esta Comisión, sin embargo, si la señal de TNP fuera lo suficientemente atractiva, los consumidores sí estarían dispuestos a remover temporalmente el cable de su televisor y sintonizar dicho canal a través de una antena. Si TNP adquiriera, por ejemplo, los derechos de transmisión de un partido de fútbol entre los equipos Universitario de Deportes y Alianza Lima o los programas de entrevistas conducidos por César Hildebrant o Magaly Medina, ¿acaso los televidentes, para poder sintonizar dichos programas, no realizarían una sencilla y relativamente barata operación consistente en remover temporalmente el cable de su televisor e instalar una antena? Puede afirmarse que lo mismo sucedería si TNP adquiriera los derechos de transmisión de filmes de estreno o de programas de entretenimiento que cuenten con alta sintonía y además publicitara adecuadamente dicha programación”¹⁹⁶

Nuevamente, ¿Qué resolvería la agencia de competencia si la operación de acceso a la señal de TNP no fuera “sencilla y relativamente barata”; y al contrario, fuese imposible una vez contratado el servicio de cable? Se sigue

¹⁹⁵ Resolución del Cuerpo Colegiado del OSIPTEL No. 001-2004-CCO/OSIPTEL de fecha 21 de mayo de 2004.

¹⁹⁶ Resolución N° 073-2004/CLC-INDECOPI del 17 de noviembre de 2004 (Exp. 11-2004/CLC)

que en ese caso, aparentemente la agencia sí tendría alguna justificación para deshacer la diferenciación provocada por TM y obligar a ésta a incorporar la señal de TNP en la parrilla de Cable Mágico, *con lo cual lo que se habría protegido ciertamente no era la competencia sino al competidor excluido (TNP)*. Lo cierto es que desde una perspectiva de competencia abierta y dinámica, evaluar si era “fácil” o “difícil” acceder a la señal de TNP era irrelevante para los efectos de la protección del proceso competitivo.

Al final, la Comisión también declaró IMPROCEDENTE la denuncia de TNP, arguyendo en ciertas partes de su resolución que el acceso forzoso de TNP a la parrilla de TM podría generar efectos de *free riding*; no obstante, las referencias hechas acerca de la facilidad o dificultad de los usuarios para acceder a la señal de TNP demuestran en cierto modo una tendencia a favor de proteger al competidor excluido, evaluando si existe o no una valla que le impida llegar a su público.

2.3.2. CIVA v. Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.

La desviación del objeto de protección es más explícita en el caso iniciado por Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. (CIVA) contra la Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.¹⁹⁷ En este caso, CIVA había celebrado un “Contrato de Servicios de Agencia de Transportes” con la denunciada, acuerdo por el cual se sometió a un reglamento que fijaría las tarifas a cobrar así como las rutas que cada empresa asociada podría cubrir. Otras cuatro empresas también se asociaron para brindar sus servicios desde el Terminal. De acuerdo con la denuncia, el reglamento interno sería un conjunto de *acuerdos restrictivos* (cartelización), no sólo porque restringía rutas sino también precios.

La Comisión de Libre Competencia declaró INFUNDADA la denuncia y la Sala de Defensa de la Competencia confirmó la decisión. Sin embargo, aquí nos interesa la motivación. La Sala, apoyándose en la *teoría de los acuerdos desnudos y los acuerdos complementarios* indicó que las restricciones pueden

¹⁹⁷ Expediente N° 0077-95/CLC.

ser (i) *puras* (per se ilegales): “cuando dicho acuerdo no se dé como consecuencia de una unión convenida entre los integrantes del mismo para mejorar determinada actividad productiva”; y (ii) *accesorias* o *complementarias*, cuando “si bien de alguna manera reducen rivalidad entre las empresas, no son considerados per se ilegales, ya que pueden implicar una integración en una determinada actividad productiva y, en tal sentido, tienen la posibilidad de crear eficiencia y reducción de costos en beneficio del consumidor. En tal caso, no se puede hablar realmente de un acuerdo de fijación de precios o de repartición de mercado, sino de un acuerdo de asociación, de joint venture u otra forma de integración productiva”¹⁹⁸. Para ejemplificar, la Sala citó el caso de los abogados que se integran –se coluden- para formar un estudio jurídico: “Cada estudio de abogados debe competir con todos los otros que existen en el mercado, por ello, el suponer que la unión de los miembros tiene como fin restringir la producción no es sostenible” - afirmó.

Hasta aquí, la Sala adopta la *noción eficientista* de competencia, en la cual el proceso de mercado no es importante en absoluto, sino la eficiencia de sus resultados. *Para la Sala, es lícito restringir o eliminar la rivalidad siempre y cuando el resultado del acuerdo sea eficiente.* En el caso concreto, la Sala evaluó la situación y concluyó que los acuerdos denunciados sí contribuyeron a lograr una mayor eficiencia, toda vez que permitieron ofrecer a los consumidores una mayor variedad de servicios y rutas a ser recorridas, brindando un servicio integral. Por ende, eran lícitos.

Lo primero que llama la atención es que la Sala se atribuya la *capacidad de abstraerse del proceso competitivo de ensayo y error que sirve para discriminar las prácticas eficientes de las que no lo son, pretendiendo hacer una declaración oficial y técnica de cuándo un acuerdo resulta eficiente y cuándo no.* Preguntaríamos, ¿cómo sabe que esos acuerdos para brindar servicios integrales son eficientes? El éxito de cualquier fórmula o estrategia empresarial depende de las decisiones efectivas de los consumidores, no de una declaración por parte de la agencia de competencia. El criterio oficial utilizado

¹⁹⁸ Resolución Nº 206-97-TDC del 13 de agosto de 1997.

por la Sala podría incluso llevarnos al siguiente absurdo: la Sala sostiene que brindar una mayor variedad de servicios y rutas “es” eficiente por ser un servicio más integral. Si ello fuera así, entonces, *mutatis mutandi*, no deberían existir restaurantes con locales individuales propios sino sólo patios de comida (*food courts*) que alberguen varios restaurantes. Y si eventualmente el libre mercado generara “costosos” restaurantes individuales en vez de “eficientes” patios de comida, entonces algún regulador –avocado únicamente a los resultados eficientes al margen del proceso- debería intervenir y obligar a que los restaurantes se unan y ofrezcan *servicios integrales*, donde los consumidores tengan la oportunidad de acceder a una mayor variedad de bienes y servicios en el mismo lugar; intervención que ni los propios impulsores de la legislación de libre competencia estarían dispuestos a aceptar.

Contrariamente, lo cierto es que cada mercado, cada negocio y cada circunstancia o contexto son distintos y, por ende, no existen estrategias objetivamente eficientes que se puedan aplicar en *cualquier* circunstancia asegurando el éxito empresarial. Por eso, en un mercado abiertamente competitivo son los individuos quienes utilizan su perspicacia y conocimientos empresariales de circunstancias particulares para diseñar estrategias que por ensayo y error les permitan obtener mayores ganancias. Desde esta posición evolucionista, es un error que la agencia de competencia defina la *licitud* de un acuerdo restrictivo en función a la imposible declaración *oficial y técnica* de la *eficiencia* de una estrategia concreta.

A ello debe agregarse una dificultad adicional, ¿quién tomaría responsabilidad si los acuerdos materia del procedimiento resultaran un completo fracaso y produjese resultados ineficientes? En competencia, las empresas que toman decisiones ineficientes enfrentan la disminución de valor de su oferta, lo que a les hace más vulnerables y propensas a sufrir pérdidas; ergo, tienen los incentivos necesarios para evitarlas. Por el contrario, si la agencia reputa que un acuerdo de integración denunciado es *ineficiente*, simplemente lo prohíbe sin preocuparse de enfrentar las consecuencias de un eventual error.

Pero, además, el criterio de la Sala es contradictorio, ya que en la misma resolución se dice lo siguiente: “... *esta Sala considera importante señalar que distinto hubiera sido el caso si es que la empresa Mariscal Cáceres, poseedora y administradora del Terminal, tuviese una posición de dominio en el mercado*”. Esto es, que si el Terminal hubiera tenido posición de dominio, entonces probablemente se hubiera declarado FUNDADA la denuncia.

Para el INDECOPI, si el Terminal denunciado hubiera tenido posición de dominio, entonces las tan mentadas eficiencias relacionadas con el “servicio integral” desaparecerían incomprensiblemente. Tal criterio nos llevaría al siguiente absurdo: Supongamos que el Terminal, gracias a la eficiencia generada por estos acuerdos, lograra superar a los demás terminales y alcanzar una posición de dominio, ¿debería deshacer sus acuerdos restrictivos una vez alcanzada esta posición?

Contrariamente a la noción de competencia de la Sala, bajo la perspectiva de la competencia como fenómeno dinámico, lo único que podemos saber con certeza es que estas empresas celebrantes consideran subjetivamente que mejorarán su posición como conjunto, creando eficiencias, si adoptan estos acuerdos. Si están en lo correcto –situación que no puede conocerse sin las decisiones efectivas de los consumidores-, éstos se verán atraídos por esta propuesta “integral”; mientras que si sus acuerdos resultan ser ineficientes o restringen la competencia, simplemente disminuirán el valor del Terminal en su conjunto, perjudicándose a sí mismas. Nuevamente, no hay fórmulas mágicas e infalibles. Estos resultados no pueden preverse de manera objetiva o técnica, sino que hace falta un elemento de *comprensión* o interpretación subjetiva empresarial que sólo compete a los “jugadores” del proceso competitivo, y no al “árbitro”: la agencia de competencia.

2.3.3. Caso FEVENDRELP.

Un caso que ilustra la noción estática de la competencia utilizada por el INDECOPI es el caso de la Federación Nacional de Diarios, Revistas y Loterías del Perú (FEVENDRELP). Según la Comisión de Libre Competencia, dado que

FEVENDRELPA agremiaba al casi 100% de puestos de venta de periódicos, consideraba que no estaba expuesta a la competencia¹⁹⁹. Aprovechando esta situación, FEVENDRELPA exigía al diario “La Mañana” el monopolio de su distribución como condición indispensable para que sus agremiados vendan ese diario, lo cual constituiría una típica práctica anticompetitiva: imposición de una prestación complementaria adicional a la prestación sustantiva.

Es fácil advertir que la Comisión tenía en mente una noción de competencia *estática* e influenciada por la idea de la competencia perfecta, donde todas las empresas son iguales, tienen las mismas oportunidades y nadie desarrolla ventajas competitivas que generan exclusión contra otras. Es *estática* porque se basaba únicamente en que la estructura de mercado actual (número de competidores existentes -como si los competidores potenciales no ejercieran ninguna presión-, canales de distribución, etc.) debía arrojar resultados eficientes sin analizar el dinamismo o la potencialidad del proceso. Indicar que FEVENDRELPA poseía el 100% de puestos de venta de periódicos y que por tanto está obligada a distribuir todos los diarios es negar de plano las posibilidades creativas de otras nuevas maneras de canalizar la información y limitar el proceso social sólo a “*lo que hay*”. Evidentemente, si uno lo ve desde esa perspectiva, se concluye de que *lo que hay* (el sistema de distribución conformado por los puestos de venta de periódicos de los agremiados a la FEVENDRELPA) debe aprovecharse distributiva y comunitariamente entre todos los interesados; y es más, *ese temor exige que las redes de distribución valiosas sean de acceso común, al margen de quién haya advertido su importancia e invertido en su producción; es decir, al margen de las conductas innovativas de un grupo de competidores*. Para el caso concreto, se podría analizar las posibilidades de distribuir la información del diario a través de Internet, de la radio, vía distribución propia, distribución en supermercados o estaciones de servicios, en restaurantes, cafés, e incluso hasta en los vehículos de transporte público. Las posibilidades creativas no tienen límites y esa ardua tarea de imaginar (crear información) cómo llegar a los

¹⁹⁹ “Al no estar sujeta a competencia significativa, la FEVENDRELPA puede tomar sus decisiones de empresa con completa independencia del resto de agentes económicos en el mercado, por lo que se cumple con el supuesto exigido por Ley para determinar una posición de dominio en el mercado” Resolución N° 028-94-INDECOPI/CLC del 5 de diciembre de 1994.

consumidores le compete a las empresas, por lo que si el grupo de distribución mayoritario no desea contratar con un periódico para distribuirlo, no hay allí ninguna falla del proceso competitivo, sino simplemente transacciones que no resultan beneficiosas para ambas partes celebrantes. La dinámica de ensayo y error se traduce en un sistema de ganancias y pérdidas que balancean el interés del empresario con el interés del consumidor. Así, en el peor de los casos, si FEVENDRELP se negara de plano distribuir el diario “La Mañana” y éste resultara ser un diario valioso para los consumidores, entonces la Federación denunciada estaría perdiendo valor como medio de distribución y, en ese caso, estaríamos frente a un error empresarial, cuyos efectos nocivos repercuten en la propia federación y sus agremiados. Mientras tanto, cualquier distribuidor perspicaz podría aprovechar esta falencia de FEVENDRELP.

Las consecuencias de aquella noción estática y de equilibrio perfecto -donde todas las empresas son iguales, homogéneas y acceden gratuitamente al mercado- son palmarias, cuando la Comisión concluyó que el grupo de distribución mayoritario está obligado a distribuir todos los diarios *como condición sine qua non de la competencia*: “Que al tener la FEVENDRELP y sus afiliados una posición de dominio en el mercado de diarios y revistas en la ciudad de Lima, no pueden negarse a la venta de ningún diario, por cuanto ello implicaría un acto de abuso de posición dominante en el mercado, prohibido y sancionado por el Decreto Legislativo N° 701”²⁰⁰.

2.3.4. Roberto Bergeman v. APAMSA

Similarmente, dentro de la perspectiva de que cada uno de los mercados debe alcanzar un equilibrio parcial y eficiente, en el caso de Roberto Bergerman Acosta contra la Asociación de Productores Agrícolas Mercado Santa Anita (APAMSA), la Comisión de Libre Competencia resolvió que la competencia requería que ésta permita al señor Bengerman acceder al Mercado Santa Anita

²⁰⁰ *Ídem.*

para colocar su producto Arroz Super Extra marca Molino Rey²⁰¹. En línea con la mayoría de resoluciones sobre abuso de posición de dominio, la Comisión sostuvo que la posición de APAMSA en los centros de abasto mayorista de Lima le obligaba a justificar *objetiva y suficientemente* sus negativas a contratar, *caso contrario se estaría atentando contra la competencia*.

Pero nuevamente, ¿de qué competencia estamos hablando? En un escenario abiertamente competitivo, cualquier competidor tiene la seria tarea de producir algo valioso y hacerlo llegar a sus consumidores. Gracias a la espontaneidad del proceso social, a pesar de la incertidumbre connatural, existen empresarios que sólo se dedican a distribuir lo producido, *en la confianza subjetiva y ciega que existirán otros empresarios que producirán los bienes a distribuir*. Del mismo modo, los que producen bienes sin preocuparse armar su cadena de distribución, lo hacen en *la confianza de que los distribuidores valorarán lo producido y adquirirán los bienes para luego revenderlos a los consumidores finales*. Si bien este orden espontáneo logrado se basa puramente en la cooperación social voluntaria y en la división del trabajo, ello no significa que la estructura productiva lograda en un momento determinado *deba* mantenerse estática; es decir, que los productores sólo produzcan y los distribuidores sólo distribuyan. Las posiciones alcanzadas por uno u otro grupo de empresarios nunca eliminan la incertidumbre ni garantizan a éstos un “mercado seguro”. *Muy por el contrario, en un escenario abierto, gozar de una relativa estabilidad dentro de la incertidumbre competitiva cuesta diseñar y entablar relaciones contractuales con otros empresarios upstream o downstream*; esto es, requiere de arreglos contractuales de integración -como por ejemplo, un contrato de suministro o de *Joint venture*- los cuales sólo se celebrarán si son beneficiosos para ambas partes dentro de sus contextos e intereses. Estos contratos pueden resultar crasos errores empresariales si posteriormente las partes se percatan de que no debieron celebrarlos. Si ello es así, se deduce entonces que no celebrar contratos no lesiona el proceso competitivo en absoluto, sólo es parte del proceso de ajuste en un contexto incierto, y sólo nos indica que la

²⁰¹ Resolución No. 002-99-INDECOPI/CLC de fecha 19 de marzo de 1999. Esta resolución fue confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia mediante Resolución No. 0216-99/TDC-INDECOPI.

integración en el caso concreto no era beneficiosa para las partes, de tal modo que deberán ver otras maneras de producir y/o poner lo producido a disposición de los consumidores.

Pero la agencia de competencia concebía que el mercado debe estar firmemente dividido en sub-mercados relevantes -producción y distribución- con estructuras competitivas -fragmentadas o atomísticas- para ser eficiente. Asimismo, que el productor de arroz no tendría por qué preocuparse de generar una manera de canalizar la distribución de su arroz mediante arreglos voluntarios con los distribuidores. Él sólo produce y, en aras de lograr la eficiencia estática, sería necesario garantizar que los bienes producidos se coloquen coactivamente en algún canal de distribución ya existente, aunque dicha distribución sea beneficiosa para el distribuidor. Con esta perspectiva, *lo que se protege no es proceso competitivo sino la pluralidad deliberada o artificial*. Se aseguraría mayor oferta de bienes para los consumidores finales en el plazo inmediato, dejando de lado el proceso que pudiera haber originado las posiciones actuales del productor y del distribuidor. Nuevamente, nos topamos con la noción eficientista y estática de la competencia.

La arbitrariedad de esta decisión se pone en mayor evidencia cuando la propia Comisión de Libre Competencia -en una resolución posterior referida a otro caso, pero en la cual se hizo referencia al caso del señor Bengerman- reconoció que el mercado Santa Anita no era indispensable para la distribución de arroz, pero dado que era *difícil* comercializar altos volúmenes, se justificaba la distribución coactiva del arroz Molino Rey. Una vez más se puso de manifiesto que, para el INDECOPI, la protección de la competencia requería atenuar la “facilidad de algunos empresarios para competir” y lograr así incrementar la oferta existente:

“44. En el caso antes mencionado, el mercado de Santa Anita no constituía una facilidad esencial para comercializar arroz al por mayor. En efecto, en aquella oportunidad todo aquel que hubiere deseado comercializar arroz al por mayor lo hubiera podido efectuar en otros mercados mayoristas (p.e. Caquetá) o instalando un establecimiento para tal fin en cualquier parte de la ciudad de Lima. En consecuencia, no

contar con acceso al referido mercado no constituía una barrera insuperable, como lo constituye el no acceder a una facilidad esencial.

45. Sin embargo, la Comisión consideró en esa oportunidad que en el mercado de Santa Anita se transaban volúmenes importantes de arroz, por lo que dicha plaza era relevante (no indispensable) para la comercialización de dicho producto. Utilizando los estándares propuestos en el Gráfico N° 1 podría afirmarse que el no acceso al mercado de Santa Anita constituiría una barrera que tendería a ubicarse cerca o por encima de la Ba (barrera alta)²⁰²

2.3.5. TeleCable v. Telefónica, Fox y Turner.

Iguals críticas pueden plantearse en el caso de la denuncia interpuesta por Tele Cable S.A. (Tele Cable) contra Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica), Telefónica Multimedia S.A.C. (TM), Fox Latin American Channel Inc. (Fox) y Turner Broadcasting System Latin America Inc. (Turner), por el desarrollo de prácticas anticompetitivas consistentes en el establecimiento de acuerdos de distribución exclusiva de señales. En su denuncia, Tele Cable afirmó haber mantenido relaciones comerciales para la transmisión de los canales de Fox y Turner; y sin embargo, dichas relaciones fueron terminadas en 1999 en virtud de que tales empresas habían firmado un contrato de distribución exclusiva de sus canales con Telefónica, lo que le ocasionó un grave perjuicio exclusorio²⁰³.

Tele Cable alegó que los contratos de exclusividad estaban orientados a excluirlo del mercado de televisión por cable, toda vez que dichos contratos le impidieron contar en su programación con los canales de Fox y Turner, que gozaban de alta preferencia entre los consumidores.

²⁰² Resolución No. 008-2005-INDECOPI/CLC de fecha 17 de febrero de 2005. Pág. 15.

²⁰³ No obstante esta alegación, mediante el Informe N° 002-2003-INDECOPI/CLC de fecha 08 de abril de 2003, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia concluyó que “la empresa Tele Cable ya mostraba una tendencia decreciente en el número de suscriptores desde antes de los retiros de las señales de Fox y Turner, lo cual demostraría que existirían otros factores anteriores y simultáneos a los contratos de exclusividad que habrían influido en las decisiones de los clientes de Tele Cable [de terminar sus contratos]”.

Turner se defendió indicando que no contaba con posición de dominio en el mercado internacional de programadores. Al respecto, señaló que el mercado era completamente atomizado y que existían otros programadores igualmente competitivos tales como Disney, Warner, MGM, Sony, así como una inmensa pluralidad de canales de diversos países en el mundo que podrían ser contratados por Tele Cable. En la misma línea, Fox señaló que sus canales tenían sustitutos tales como Movie City, TNT, Hallmark, Sony, Warner Brothers, Usa Network, Gems, Teleuno, ESPN, ESPN 2, América Sports, Cable Sports, Discovery Kids, Nickelodeon, ZAZ, Magic Kids, etc.

Finalmente, fue el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL el que mediante decisión dividida emitió la Resolución N° 062-CCO-2000 declaró FUNDADA la denuncia. Recuenta HARO que el voto en discordia *“se sustentaba en el hecho demostrado que las preferencia de los consumidores varían en el tiempo, por lo que la posesión en exclusiva de un canal o de un programa no puede concebirse nunca como un recurso imprescindible, sino más bien como un catalizador que obliga a los competidores a generar oferta propia o a adquirir otras señales con las que hacer frente a las exclusividades. En opinión que compartimos, la minoría parecería reconocer que, al fomentar la diferenciación de las parrillas de programación de cada operador de cable, las exclusividades pueden exacerbar la competencia antes que reducirla”*²⁰⁴.

En la resolución, el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL utilizó la muy cuestionada “regla de la razón” como criterio para determinar la anticompetitividad de las conductas denunciadas, por la cual si los efectos negativos del convenio superaban a los efectos positivos del mismo, entonces se convierte en ilegal. Este tipo de balance es subjetivo y arbitrario, máxime si, como venimos sosteniendo, la agencia de competencia tiene una noción inadecuada del proceso competitivo. Así por ejemplo, los denunciados alegaron que los convenios de exclusividad tenían por finalidad evitar la presencia de *free riders*, situación que habría desincentivado inversiones en publicidad y marketing que se requieren para publicitar un canal. Sin embargo, el CCO no aceptó este

²⁰⁴ HARO, José Juan. Contra los excesos de la regulación económica: Sobre los monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas. En: Revista THEMIS No. 50. Pág. 165.

argumento, puesto que los canales objeto de la denuncia –excepto CNN Financial Network- ya eran conocidos por el público peruano desde hacía varios años y por ende ya no requerían publicidad o marketing para que los consumidores supieran de sus características²⁰⁵. En otras palabras, opinó empresarialmente sobre *cuánto posicionamiento era necesario* para dejar de hacer publicidad o marketing.

En el mismo sentido, el CCO consideró que el efecto negativo más importante era la reducción de los niveles de competencia efectiva en el mercado. Pero al sostener esto, demuestra claramente que la noción de competencia tomada como referencia y que pretendía proteger era aquella conformada por “*bienes homogéneos*”, condición característica del modelo de competencia perfecta. Para el CCO, el hecho que Telefónica pretendiera diferenciar sus parrillas de programación ofreciendo canales *exclusivos* que atrajesen a más consumidores, generando así ventajas competitivas a su favor, no tenía ninguna relación con un comportamiento competitivo. Que Fox y Turner estuvieran de acuerdo en ser parte de una parrilla más atractiva que la parrilla de Tele Cable tampoco era relevante. Lo único importante para efectos competitivos el CCO era que Tele Cable tenga acceso a todos los canales que desee para generar parrillas homogéneas, creando igualdad de condiciones entre ellas y así satisfacer una de las condiciones de la competencia perfecta.

Fox y Turner no eran canales esenciales o imprescindibles para brindar entretenimiento, noticias, deportes, música, etc., considerando que existían canales de todo el mundo avocados a producir similares contenidos. Si bien eran canales preferidos y valiosos en un momento determinado, nada de ello les garantizaba mantener esa posición en el tiempo, máxime si incluso las propias empresas de distribución de señales como Tele Cable estaban en completa libertad para producir sus propios canales, encargar la producción de los mismos a terceros, o adquirir directamente el derecho de transmitir la señal de otros canales de cualquier parte del mundo.

²⁰⁵ FERNANDEZ BACA, Jorge. *Organización Industrial. Op. Cit.* Pág. 279.

Pero Tele Cable quiso aprovechar “*lo que había*” en el mercado y, el CCO, alineado con esta perspectiva estática, amparó tal pretensión. Así como en el caso del señor Bengerman y su arroz Molino Rojo, la agencia de competencia pensaba que la producción y la distribución son compartimentos estancos que debían cumplir las condiciones de la competencia atomística, y que en aras de alcanzar la eficiencia estática propia de dicha estructura competitiva resultaba necesario garantizar que el distribuidor acceda a la transmisión de las señales ya existentes, aunque ello no sea beneficioso para quien produce esas señales (Fox y Turner).

Mucho más importante aún, al parecer el CCO no tomó en consideración que en un mercado competitivo, el propietario de un canal y de los programas que produce vende los derechos de transmisión al mejor postor, tan igual que el productor de cualquier otro bien puede elegir en qué canal de distribución colocar sus productos. *El proceso competitivo no se daña, entonces, si un operador de parrillas (Telefónica) logra excluir a otros operadores, mediante el ofrecimiento de mejores condiciones de trato.* No obstante, el CCO resolvió que sí.

2.3.6. Caso Vicente Torres Marcani v. SICUTRAN y otros.

En otras ocasiones, la agencia de competencia ha decidido dejar sin efecto contratos entre individuos que ejercen su actividad económica en diferentes niveles de la cadena productiva, alegando que dichos contratos no son eficientes y que excluyen a otros competidores. Nuevamente, aquí cabe preguntarse si la agencia de competencia tiene alguna ventaja cognoscitiva para declarar unilateralmente cuándo una integración resulta eficiente, o hasta qué punto las empresas pueden crecer mediante convenios de colaboración, dejando de lado del proceso competitivo de ensayo y error.

En el caso de Vicente Torres Marcani y otros contra el Sindicato Central Único de Transportistas Manuales del Mercado Mayorista N° 01 (SICUTRAN), la Asociación de Transportistas Manuales Tupac Amaru y la Empresa de Mercados Mayoristas S.A. (EMMSA), mediante Resolución N° 034-94-

INDECOPI/CLC del 7 de diciembre de 1994 INDECOPI declaró FUNDADA la denuncia por concertación injustificada de las condiciones de comercialización. En dicho procedimiento se denunció que el Mercado Mayorista, administrado por EMMSA, se había coludido con SICUTRAN y la Asociación Túpac Amaru para que sólo 2000 carretilleros de estos gremios pudieran ofrecer el servicio de transporte de mercancías dentro del Mercado, impidiendo así que cualquier otro carretillero independiente o perteneciente a otras asociaciones de carretilleros pudiera ofrecer el mismo servicio a los consumidores.

Contratar con un gremio es razonable desde el punto de vista económico pues ofrece un respaldo institucional que no tienen los carretilleros libres. Si hubiese varios gremios en competencia y el propietario del negocio no les asignase a todos ellos la misma productividad, éste tenderá a contratar los servicios del gremio o gremios que más le convenga para incrementar el valor de su negocio, excluyendo a otros. Nada de este tipo de contrataciones -o “concertaciones”, en la terminología Antitrust- tiene que ver con una afectación al proceso competitivo, si éste es concebido como un proceso cuya estructura se adapta permanentemente a la demanda. En efecto, una de las maneras más eficientes de incrementar el valor de un negocio para los propios consumidores consiste en evitar la sobre-explotación y las externalidades negativas propias de los *bienes comunes*; esto es, aquéllas situaciones en las que cualquier persona tiene acceso para aprovechar un bien comunal. El planteamiento teórico de estas dificultades ha sido expuesto brillantemente por Garret HARDIN en un clásico ensayo llamado *The Tragedy of the Commons*²⁰⁶.

En el caso concreto, el ingreso desmesurado de carretilleros en el mercado mayorista pudo generar estas externalidades negativas y, por ende, resultaba económicamente razonable que el administrador del Mercado Mayorista limite el acceso de carretilleros a su negocio, tal y como sucede con cualquier otro negocio.

²⁰⁶ Publicado originalmente en la Revista *Science* (1968).

Ahora bien, no es que la restricción del acceso sea una regla “objetivamente” eficiente, y por ende, infalible, sino que los potenciales problemas de las externalidades constituyen razones que son evaluadas y ponderadas subjetivamente por el empresario en función a las circunstancias concretas que enfrenta. Lo único que sabemos a ciencia cierta es que cualquier decisión adoptada no será tomada con la expectativa de reducir el valor del negocio frente a los consumidores, sino todo lo contrario. Si el empresario se equivoca y la restricción de carretilleros resultase ineficiente (Vg. Ante un incremento de precios en los servicios, los consumidores se sienten menos satisfechos), entonces el empresario habrá errado y a la vez habrá disminuido el valor de su propio negocio, debiendo enfrentar las consecuencias negativas de ello.

Este proceso de decisiones adaptativas al contexto, en el que ninguna de ellas puede *asegurar* un resultado eficiente, no fue indicador de competencia. Al contrario, el INDECOPI consideró que podía sustituir este proceso mediante disposiciones coactivas, partiendo de la idea de que el resultado eficiente puede descubrirse sin aquél. Así, ordenó que EMMSA permita el libre acceso de carretilleros al Mercado Mayorista, disponiendo en la misma resolución, el perifoneo diario del siguiente mensaje: *“Se recuerda al público en general que pueden contratar el transporte de sus compras mediante carretilla con cualquier personas que brinde este servicio. El ingreso de carretilleros al Mercado Mayorista N° 01 es libre”*²⁰⁷.

2.3.7. Santa Beatriz v. DINO.

En línea con esta misma noción estática, fragmentada, eficientista de competencia, donde se protege a los competidores excluidos sin tomar en cuenta el desarrollo innovativo de las integraciones comerciales, se encuentra el caso de Depósitos Santa Beatriz S.R.L. (Santa Beatriz) y otros contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO) (Expedientes acumulados N° 001-2001/CLC y 002-2001/CLC). DINO ostentaba el 85% del mercado de distribución de cemento en el norte del país y desarrolló una estrategia para

²⁰⁷ Resolución N° 034-94-INDECOPI/CLC del 07 de diciembre de 1994.

aliarse o integrarse con sub-distribuidores, ampliando así su red de distribución y mejorando su posicionamiento. Evidentemente, para atraer a estos nuevos miembros de su equipo, DINO les cobraba precios preferenciales (menores), apoyo comercial, publicitario y técnico, uso gratuito del logo de DINO, etc. Por su parte, estos sub-distribuidores se integraban exclusivamente a la red de distribución de DINO, compraban ciertas cantidades mínimas, brindaban información relevante sobre compras y stocks, etc.

Santa Beatriz, que había rechazado la oferta de DINO para formar parte de este equipo de sub-distribuidores exclusivos, denunció a DINO porque éste no quiso otorgarle los precios preferenciales que sí daba a sus sub-distribuidores exclusivos. Desde la perspectiva de la competencia como proceso abierto, dinámico e innovativo, era bastante obvio que la conducta de DINO era competitiva pues buscaba crear una red de distribución mucho más estable y posicionada que otras redes. Así también lo entendió la Comisión de Libre Competencia, la que mediante Resolución N° 006-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003 declaró INFUNDADA la denuncia presentada por Santa Beatriz, arguyendo que si bien DINO tenía posición de dominio, la discriminación en los precios estaba justificada por la existencia de prestaciones brindadas por los afiliados (sub-distribuidores) con relación a efectuar publicidad y eventos, compras exclusivas y planificadas, flujo de información y ahorro de costos de instalar sucursales.

Sin embargo, la Sala de Defensa de la Competencia, mediante Resolución N° 0256-2005/TDC-INDECOPI del 4 de marzo de 2005, revocó la resolución de la Comisión y declaró FUNDADA la denuncia por discriminación y ventas atadas, señalando entre sus fundamentos que: *“la conducta de Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L consistente en establecer una obligación de compra exclusiva como condición para la obtención de precios menores es un ejercicio expreso de presión sobre los compradores para que se provean totalmente de esta empresa con el consiguiente efecto exclusorio hacia los competidores, lo que constituye un acto de explotación abusiva exclusoria únicamente posible gracias a su posición dominante”*.

Para llegar a esta conclusión, la Sala se valió de la teoría por la cual las empresas exitosas (es decir, con posición dominante) tienen una “especial responsabilidad” para no dañar la competencia con sus acciones: *“El Decreto Legislativo N° 701 no prohíbe la simple ostentación de la posición de dominio en el mercado y dicha norma no impide aquellas actuaciones razonables de las empresas que ostentan posición de dominio en el mercado. No obstante, las empresas dominantes tienen una responsabilidad especial de cuidar que su conducta no debilite o dañe la competencia en el mercado”*.

Pero una vez más, ¿a qué nos referimos con “competencia”? Las acciones para formar un bloque de distribución sólido, bien identificado en el mercado, con flujos de información que permitan la mejor adaptación a los cambios en las ventas reales son ciertamente acciones competitivas en un contexto de información imperfecta (connatural al mercado). Si la Sala pensaba que la mera exclusión o la disminución del número de competidores en el mercado dañaban o debilitaba la competencia, entonces podemos colegir que tenía por referente una noción de competencia como *estado de cosas* y no como *proceso*; y, además, un estado de cosas estructurado estáticamente según la referencia de la competencia perfecta.

La Sala explicitó su rechazo a la competencia real para privilegiar un erróneo paradigma de competencia con información perfecta, cuando, criticando la obligación de los afiliados a DINO de brindar a éste un flujo de información acerca del estado del mercado relevante, dijo: *“Dicha información le permite a DINO reforzar su posición dominante, al poder elaborar estrategias que anticipen cualquier movimiento de sus competidores e impedir cualquier intento de burlar la obligación de exclusividad por parte de sus afiliados”*. Pero sucede que la competencia real en incertidumbre sí requiere la creación de métodos eficientes de flujos de información, precisamente para poder desempeñarse mejor que otras redes de distribución, en cuanto a la adecuación de la cambiante demanda de los consumidores. Si bien no podemos afirmar si tal estrategia era socialmente eficiente (pues ello depende del proceso competitivo), el método establecido por DINO sí era coherente con un comportamiento competitivo. La decisión de la Sala nos recuerda aquella otra

famosa del caso norteamericano ALCOA, que ya comentáramos en la primera parte de este trabajo, en la cual lo que se critica es justamente el espíritu competitivo. Haremos la cita adaptándola al caso bajo comentario: *“No era inevitable que ella [DINO] siempre pudiera anticipar incrementos en la demanda [de cemento y otros]. Nada la forzaba a doblar y redoblar su capacidad [red de distribución] antes que otros [distribuidores] entrasen en competencia. Si bien insiste en que nunca excluyó a sus competidores, si nos ponemos a pensar, no hay exclusión más efectiva que acaparar cada nueva oportunidad apenas se presente y enfrentar a cada entrante con nueva capacidad ya instalada dentro de una gran organización [equipo de distribuidores listos], teniendo a la vez la ventaja de la experiencia, conexiones comerciales y un personal de elite²⁰⁸”* (corchetes agregados y adaptados al caso bajo comentario).

2.7.8. Caso ALMUSA

Otro caso ilustrativo es la denuncia interpuesta por Almacenes Mundo S.A. (ALMUSA) contra catorce agencias marítimas que operaban en el Terminal Portuario del Callao, por discriminación de precios (Expediente N° 009-2004/CLC). ALMUSA alegó que las agencias marítimas denunciadas abusaron de su posición de dominio conjunta, al cobrar a sus clientes conceptos que no tenían como justificación una efectiva prestación de servicios. Estos cobros sólo se daban si el consignatario decidía contratar terminales de almacenamiento no vinculados a las empresas denunciadas, por lo que tendrían la finalidad de “penalizarlos”. Dicho de otro modo, que las empresas navieras, además de actuar como agentes marítimos²⁰⁹, ofrecían a sus clientes el servicio de almacenamiento y, si éstos decidían no tomarlo, entonces las empresas navieras procedían a cobrar conceptos como “desvío de contenedores” o “manipuleo de carga”, complicando y encareciendo así el proceso de carga. Según a denuncia, el efecto de este condicionamiento sería

²⁰⁸ United States v. Aluminum Company of America, 148 F. 2da., (1945) Págs. 430-431.

²⁰⁹ El agente marítimo es el representante de la línea naviera en el puerto, encargándose de la recepción y despacho de buques, trámites para el movimiento de carga, emitir, firmar y cancelar conocimientos de embarque y demás documentos. Asimismo, puede prestar servicios conexos tales como estiba o desestiba, practicaaje, etc.

que los clientes o dueños de las cargas usualmente contraten los servicios de almacenamiento vinculados a las empresas navieras denunciadas, excluyendo del mercado a las empresas de almacenamiento no vinculadas o integradas a aquéllas.

Por Resolución N° 1046-2006/TDC-INDECOPI del 14 de julio de 2006, la Sala de Defensa de la Competencia declaró NULA la resolución expedida por la Comisión de Libre Competencia en primera instancia -que había declarado IMPROCEDENTE la denuncia- y ordenó abrir procedimiento no sólo contra las empresas navieras denunciadas inicialmente, sino también contra las empresas de almacenamiento que se habían integrado con aquéllas.

Cabe hacer notar que, al alegar que las prácticas denunciadas restringían el proceso competitivo, la pretensión contenida en la denuncia y la decisión del INDECOPI no concebían a la competencia como un proceso de ensayo y error que va incentivando o desincentivando la integración según las necesidades del mercado concreto. Más bien, consideraban que la competencia se ve reducida cuando la integración excluye a ciertos competidores no integrados.

En el servicio de transporte marítimo de carga por contenedores, en la pugna por ofrecer mejores servicios que las demás, las empresas navieras tienden a desarrollar estrategias de integración vertical con otros operadores portuarios – como por ejemplo, empresas de almacenamiento- para ofrecer un servicio más completo a sus clientes consignatarios. Ergo, al momento de escoger la empresa naviera que le prestará el servicio de transporte, el consignatario estaría eligiendo “por defecto” la cadena logística que le brindará los subservicios siguientes. Esta estrategia no difiere de aquéllas utilizadas por las agencias de viajes al armar sus paquetes turísticos. Dada esta tendencia, la competencia hizo que algunos terminales de almacenamiento subvencionen a algunas empresas navieras a cambio de que los clientes de éstas contraten sus servicios de manera exclusiva; por lo que los cobros materia de denuncia resultaban ser una manera de recuperar tales subvenciones en caso los consignatarios decidan contratar terminales de almacenamiento distintos; es decir, si el consignatario decidiera dejar la cadena del servicio escogida

originalmente y trasladarse a otra cadena en esta última etapa en la que interviene el terminal de almacenamiento. Pues bien, este sistema de acuerdos arribados entre empresas de almacenamiento y empresas navieras no tiene relación con una restricción del proceso competitivo, como alegaba la denunciante, sino más bien con la adaptación de los empresarios a las demandas de los consumidores.

Por la naturaleza de su función, los empresarios actúan como mandatarios de las preferencias de los consumidores, las interpretan y en función a ellas intentan proveer los bienes y servicios que consideran valiosos, excluyendo a los bienes que no considera valiosos. El “servicio integrado” es una opción que requiere del “ojo empresarial” –por naturaleza, especulativo y subjetivo- para resolver si resulta conveniente o no en el caso concreto. Si la empresa naviera pretende brindar un servicio integrado porque tiene la expectativa que la mayoría de sus clientes así lo prefieren, también es posible que configure dicho servicio integrado de tal manera que si algún consignatario quiere contratar sólo una parte del mismo pueda hacerlo pagando algunos costos adicionales por desembarcarse de la cadena de servicio integrado. O, visto desde otro punto de vista: que si el consignatario toma los servicios de almacenamiento ofrecidos por la empresa naviera, entonces ciertos conceptos –como el manipuleo- serán gratuitos. ¿Cómo daña esa conducta al proceso competitivo? De ningún modo. *Al contrario, al evitar la integración coactivamente, la agencia de competencia estaría modificando centralizadamente la estructura productiva generada espontáneamente, dejando de actuar como árbitro para convertirse en jugador.*

2.3.9. Caso ASEEG v. VOPAK.

El siguiente caso ilustra la deliberada búsqueda de la pluralidad como condición *sine qua non* de la competencia. Se trata de la denuncia interpuesta por la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas del Perú (ASEEG) contra Vopak Serlipsa S.A. (Vopak) y Petróleos del Perú – Petroperú S.A (Expediente N° 011-2002/CLC). Vopak era una empresa de almacenamiento de hidrocarburos que había arrendado la totalidad de su capacidad de

almacenamiento de Gas Licuado de Petróleo (GLP) en el Terminal del Callao a favor de Petroperú. Pemagasa (empresa asociada a ASEEG) y Llamagas S.A. eran empresas envasadoras que compraban el GLP a Petroperú, que en algún momento tomaron la decisión de importar el GLP directamente del mercado internacional, para lo cual requerían los servicios de almacenamiento de Vopak. Dado que la capacidad de Vopak estaba plenamente ocupada a favor de Petroperú, inicialmente ASEEG denunció una negativa injustificada de trato por parte de Vopak consistente en negarse a arrendar un espacio para almacenar el GLP que pretendía importar. Posteriormente, ASEEG amplió su denuncia dirigiéndola adicionalmente contra Petroperú por discriminación, ya que éste sí le arrendó a Llamagas un espacio de la capacidad de almacenamiento de GLP que tenía contratada con Vopak en el Terminal del Callao.

Por Resolución N° 051-2006-INDECOPI/ CLC del 10 de julio de 2006, la Comisión de Libre Competencia declaró FUNDADA la denuncia, señalando entre otras cosas que Vopak era el único oferente del servicio relevante (almacenamiento de hidrocarburos), no siendo posible incluir dentro del mercado geográfico relevante a las plantas de almacenamiento del Grupo Repsol y Zeta Gas Andino S.A., toda vez que éstas estaban integradas verticalmente en la cadena de comercialización de GLP. No obstante, también indicó que la posición de dominio de Vopak era compartida con Petroperú, pues según sus propios acuerdos, para otorgar capacidad de almacenamiento en el Terminal del Callao equivalente al 15% de la capacidad total, debía contarse con la aprobación de Petroperú. Es decir, dado que éste compartía con Vopak el poder de tomar decisiones, compartía también la posición de dominio. Lo curioso es que para los casos de Repsol y Zeta Gas, la agencia de competencia respetó que dichas empresas tuvieran sus propias plantas de almacenamiento y ninguna obligación de compartirlas, mientras que para el caso de la integración entre Vopak y Petroperú, no.

Restringido el mercado a Vopak, desde una perspectiva estática y la consecuente premisa de que *“hay que compartir lo que ya ha sido producido”*, la Comisión de Libre Competencia no tomó en cuenta que en competencia los

propietarios de los factores de producción ofertan sus bienes al mejor postor y que lo hacen mientras aprenden a generar mayores retornos por tales factores. En el caso concreto, el mejor postor que arrendó el bien de capital en controversia antes que otros fue Petroperú y, por tanto, el aprovechamiento discrecional de dicho bien de capital formaba parte del proceso competitivo. Con respecto a subarrendamiento de espacio a favor de Llamagas y no a favor de Pemagasa, la lógica de la acción humana nos indica que debía existir alguna razón por la cual Vopak y Petroperú decidieron arrendarle espacio de almacenamiento a la primera. Ya sea porque en general Llamagas ofrecía mejores condiciones que Pemagasa o porque Petroperú quería cuidar su propio negocio frente a Pemagasa (recordemos que ASEEG pretendía competir directamente con Petroperú, importando GLP por su cuenta), lo cierto es que Vopak y Petroperú consideraron empresarialmente que los acuerdos con Llamagas eran más beneficiosos. Y de hecho, las tarifas cobradas a Llamagas eran mayores a aquéllas aplicadas al mismo Petroperú.

La propia Sala de Defensa de la Competencia, al resolver la apelación mediante Resolución N° 0454-2007/TDC-INDECOPI del 30 de marzo de 2007, tuvo presente de que la intención de Petroperú al beneficiar a Llamagas y no a Pemagasa podría haber consistido en proteger su mercado, lo cual tiene absoluta coherencia con el proceso competitivo. Sorprendentemente, la Sala consideró que esta intención era anticompetitiva cuando señaló: *“Ello permite entender que aún cuando la capacidad liberada fuera la misma, no le resultaba indiferente a Petroperú decidir a quien otorgarla, dado que perder a Llamagas como cliente no le resultaba tan perjudicial como perder a la Aseeg. [...] En este sentido, la cesión de capacidad de almacenamiento a Llamagas, en lugar de a Pemagasa, podía encerrar una intención de Petroperú de cuidar su posición en el nivel comercial donde participa dentro de la cadena de comercialización del GLP.”*

Si Petroperú perspicazmente había advertido que era rentable adquirir el derecho exclusivo a utilizar la totalidad de la capacidad de almacenamiento de GLP de Vopak antes que otros distribuidores de GLP, e incurrió en costos para adquirir dicho derecho, ¿por qué tendría luego que compartir ese derecho con

un potencial competidor al que consideraba especialmente peligroso? Ningún competidor tiene la carga de facilitarles las acciones a sus competidores, si puede obtener réditos evitándolo. Si el criterio del INDECOPI consistía en que Pemagasa no tenía otras opciones y que por tanto la competencia exigía que la autoridad amplíe tales opciones, entonces bajo hubiera sido coherente obligar a Repsol y a Zeta Gas para que también compartan parte de sus capacidades de almacenamiento, sin que estas últimas empresas pudieran argüir que no tienen el deber de beneficiar a sus competidores. La agencia de competencia, en defensa de su noción de competencia como situación con pluralidad de ofertantes, buscaba deliberadamente facilitarle el ingreso al mercado a Pemagasa sin considerar las ventajas competitivas constituidas por Petroperú en ejercicio de su perspicacia empresarial; esto es, sin tomar en cuenta los méritos de descubrir y adquirir derechos antes que otros. Como era de esperarse, la Sala confirmó la resolución apelada.

2.3.10. Caso FETRANS.

Un caso adicional que ilustra lo estático, colectivista y desviado del análisis de la agencia de competencia en cuanto a qué constituye una “restricción de la competencia”, es el procedimiento acumulado referido a la denuncia de oficio (Expediente N° 012-2004/CLC-INDECOPI) y la denuncia de parte interpuesta Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (FERSIMSAC) contra Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANS) (Expediente N° 010-2004/CLC-INDECOPI), por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante²¹⁰ para su operación en el Ferrocarril Sur – Oriente (FSO), el mismo que le fuera entregado por el Estado como resultado del Contrato de Concesión de dicho ferrocarril, Tramo Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica.

²¹⁰ De acuerdo con la agencia de competencia, el *material tractivo* es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros. Está conformado por locomotoras, autovagones y autovías. Por su parte, el *material rodante* es el conjunto de unidades sin tracción propia, sólo remolque, utilizados para el transporte de carga y pasajeros. Está conformado por coches de pasajeros, vagones de carga y jaulas para carga.

Como antecedente de este caso, debemos mencionar que el Estado había declarado de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria (Decreto Legislativo N° 690). Para asegurar la competencia intramodal (cuando dos o más empresas de transporte ferroviario utilizan una misma infraestructura o vía férrea), el Contrato de Concesión original preveía un modelo de organización del sector ferroviario en el FSO de “separación vertical”, en el cual el administrador del servicio de infraestructura (concesionario) no podía participar en la prestación del servicio de transporte de pasajeros y carga. Sin embargo, a efectos de asegurar la inversión y la continuidad del servicio, el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. (CEPRI – ENAFER) modificó este modelo al emitir la Circular N° 17 de fecha 15 de marzo de 1999, mediante la cual obligó al Concesionario a contratar o a constituir una persona jurídica que actúe como operador del servicio de transporte, quedando vigente la obligación del Concesionario de permitir el ingreso a la vía férrea (infraestructura) de cualquier empresa que desee actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.

Sobre la base de esta modificación, FETRANS constituyó la empresa PERURAIL S.A. (PERURAIL) encargada de prestar el servicio de transporte de pasajeros y de carga en el FSO, cediéndole en arrendamiento el 100% del material tractivo y rodante que le fue otorgado en la Concesión del FSO.

FERSIMSAC era una empresa dedicada al transporte ferroviario que pretendía operar en el FSO y, en tal sentido solicitó a FETRANS el alquiler de parte del material tractivo y rodante para poder competir con PERURAIL; demanda que no fue satisfecha por FETRANS, lo que generó la denuncia de parte ante el INDECOPI.

Mediante Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC del 4 de setiembre de 2006, la Comisión de Libre Competencia resolvió la denuncia indicando que si bien el contrato por el cual FETRANS le arrendó el 100% del material tractivo y rodante a PERURAIL tenía como efecto impedir la competencia en el FSO, esta situación había sido producto de un vacío dejado por la Circular N° 017,

por lo que declaró INFUNDADA la denuncia, pero recomendó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que establezca un proceso que promueva la competencia en el alquiler del material tractivo y rodante en el plazo más breve.

El problema suscitado no era el acceso a la vía ferroviaria -pues FETRANS tenía obligación expresa de permitir que cualquier operador de transporte (como FERSIMSAC) pueda operar en la misma²¹¹- sino *la utilización del material tractivo y rodante* que le fuera entregado a FETRANS. Cabe aclarar que dado que el Contrato de Concesión no preveía una obligación expresa de alquilar dicho material a favor de cualquier tercero que lo solicitara, la “obligación de compartir” fue analizada bajo las normas regulares del Derecho de la Libre Competencia²¹². En otras palabras, si la negativa de FETRANS de brindar acceso a la utilización del material tractivo y rodante hubiera constituido un alegado incumplimiento de sus deberes contractuales, entonces la controversia habría sido netamente sobre interpretación contractual y los alcances del Contrato de Concesión, y probablemente hubiera sido resuelta por un órgano distinto a la agencia de competencia.

En el caso concreto, la agencia de competencia evaluó el mercado relevante, la posición de FETRANS en dicho mercado, así como las posibilidades de competencia en dicho mercado ante la negativa de FETRANS de compartir el material tractivo y rodante, de tal modo que –como en tantas otras resoluciones- si dicho material fuera esencial y difícilmente duplicable, entonces FETRANS estaría obligada a compartirlo con el fin de alcanzar una situación competitiva.

²¹¹ Al respecto, de acuerdo con Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, en el caso de los ferrocarriles la “facilidad esencial” sólo está constituida por la vía férrea y el área adyacente de terminales, y no por el material tractivo y rodante. Éstas son necesarias para brindar lo siguientes servicios:

- Infraestructura esencial: línea férrea, patios de maniobras, estaciones de carga y descarga de mercancías, estaciones de embarque y desembarque de pasajeros desvíos.

- Servicios esenciales: uso de vía, movilización de carga, embarque y desembarque de pasajeros.

²¹² En ese sentido, en el procedimiento se reconoció que al igual que cualquier operador, FETRANS tenía la libertad de establecer vínculos contractuales de integración vertical, pero también tenía el deber de garantizar que mediante esta integración no se restringa injustificadamente la libre competencia, en cuyo caso incurriría en una práctica anticompetitiva.

Una de las cuestiones más importantes discutidas en dicha resolución fue la del mercado relevante. Dado que lo que estaba en controversia era la dificultad de FERSIMSAC para operar el material tractivo y rodante, el mercado relevante no sólo debía incluir el arrendamiento del mismo, sino también cualquier otra manera de aprovisionarse de material propio: la compra de material (incluyendo autovagones) nuevo y usado en el mercado local o internacional; así como la posibilidad de conversión de material de trocha ancha a trocha agosta, el material devuelto al Estado, el arrendamiento financiero de material nuevo, etc. Sin embargo, la Comisión optó por descartar todas estas últimas opciones alegando básicamente que si bien eran factibles, arrendar el material que tenía el grupo FETRANS-PERURAIL era la opción más barata y, por tanto, el mercado relevante debía restringirse al *mercado de arrendamiento de material tractivo y rodante ya existente en el FSO*, lo que –por supuesto- convertía a FETRANS en monopolista: “... *Fetrans ha presentado diversos estudios en los cuales intenta demostrar que sí resultarían económicamente viables las alternativas por ella señaladas. Al respecto, la GEE ha señalado que el análisis presentado por Fetrans presenta una importante omisión al no considerar la opción de alquiler como fuente de aprovisionamiento, siendo esta opción de alquiler más rentable que la opción de compra*” [...] 25. *En conclusión, para esta Comisión no está en discusión la posibilidad de compra de material tractivo o rodante, o su conversión, sino que el grupo económico que incluye a Fetrans y Perurail goza de posición de dominio en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante de propiedad del Estado peruano que opera en el FSO*”.

Para la Comisión, existían fuentes de aprovisionamiento distintas al alquiler de material, pero éstas no resultan viables económicamente. ¿Por qué? Porque era más barato alquilar el material que tenía PERURAIL. Hay que notar que bajo ese mismo criterio se podría concluir que todo potencial ingreso a cualquier mercado pone en “desventaja” al entrante frente a la opción de utilizar los recursos de la(s) empresa(s) ya existente(s). Para el entrante siempre será más barato usufructuar los bienes de capital que ya existen y han sido obtenidos o producidos por otros que comprar o producir sus propios bienes de capital; y por ende, concluiríamos erróneamente que, para asegurar la competencia y la eficiencia, toda empresa que quisiera ingresar a un mercado

de altos costos hundidos tendría algún derecho para aprovecharse de los recursos ajenos si es que su aprovisionamiento es más costoso que el mero alquiler de los bienes existentes. En segundo lugar, en el decurso del procedimiento, se hizo constante alusión a que el material tractivo y rodante no le costó nada al grupo FETRANS-PERURAIL, sino que le fue entregado por el Estado para su administración y explotación sin contraprestación alguna y, que esta circunstancia denotaría una ventaja ilícita que el grupo FETRANS-PERURAIL pretendería explotar. No obstante, tal razonamiento yerra al no considerar el Contrato de Concesión y sus normas como un *todo*, como una decisión que contempló múltiples condiciones ventajosas y desventajosas apreciadas en su globalidad y que arrojaron un beneficio neto para ambas partes contratantes. Así, dado que la entrega del material tractivo y rodante formaba parte de los términos del Contrato de Concesión, la explotación del material por parte del grupo FETRANS-PERURAIL constituyó una ventaja lícita obtenida en competencia. Ello sin mencionar que una parte importante de este material fue entregado a FETRANS en mal estado o totalmente inservible, al punto que FETRANS y PERURAIL tuvieron que realizar inversiones importantes para volverlo operativo, así como también tuvieron que conseguir nuevo material en el extranjero. Hay que recordar, además, que el proceso de concesión del FSO buscaba promover primordialmente la inversión en el sector del transporte ferroviario y la garantía de la continuidad del servicio; objetivos que fueron encargados al grupo denunciado dentro de un conjunto de condiciones aceptadas por el Estado. Si se dispusiera de la obligación de acceso compartido al material, se atentaría contra la eficiencia al perjudicar artificialmente las expectativas de inversión que realizó el concesionario al postular al concurso público, que incluían la posibilidad de la explotación comercial del material. *Resulta falaz por tanto, referirse a la mejor “viabilidad económica” de compartir el material -frente a las otras alternativas de aprovisionamiento del material- en un contexto en el cual todos los recursos ya están disponibles para ser reasignados al margen de las acciones previas que han venido efectuando los involucrados. Estos casos no se están tomando en cuenta los verdaderos costos y beneficios de la reasignación.* Menos aún tiene importancia el hecho de que *nominalmente* el material tractivo y rodante hubiese sido entregado al grupo denunciado a “costo cero”.

La Sala de Defensa de la Competencia, mediante Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI del 2 de julio de 2007, compartió el análisis de la posición de dominio de FETRANS realizado por la Comisión, agregando que la posición de dominio de FETRANS no se sustentaba sólo en el hecho de que las alternativas de aprovisionamiento de material (compra y adaptación de material de trocha ancha) resulten mucho más onerosas que el alquiler del material de FETRANS, o que fue éste le fue entregado por el Estado sin costo alguno, sino también en que dichos costos de aprovisionamiento podrían ser irre recuperables frente a una estrategia de disminución de precios en el servicio de transporte por parte del grupo FETRANS-PERURAIL. En otras palabras, que si bien la alternativa de compra de material podría, en principio, resultar rentable²¹³, esta opción dejaría de ser viable en términos económicos si se considera la existencia de un operador ya posicionado en el mercado y su probable respuesta competitiva frente al ingreso de un nuevo operador –como por ejemplo una estrategia de reducción de precios- subsidiada por la renta monopólica previamente obtenida. De acuerdo con la Sala, esta sola posibilidad no sólo implicaba un desincentivo para el ingreso de competidores en el mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros, sino también de aquellos agentes potenciales interesados en ingresar al mercado de alquiler de material tractivo y rodante para operar en el FSO, toda vez que no tendrían demanda o clientela a quién ofrecer en alquiler su material tractivo y rodante. Al final, el Tribunal del INDECOPI resolvió REVOCAR la resolución de la Comisión y declarar FUNDADA la denuncia.

Acerca de esta decisión, aceptando momentáneamente un análisis estático de las condiciones vigentes de la oferta de material tractivo y rodante y sustitutos, la no rentabilidad de la entrada del nuevo competidor bajo estas condiciones expresa que los costos resultarían muy altos en comparación a los precios

²¹³ “42. El hecho que los costos de acceso al mercado de prestación de servicio de transporte en el FSO sean altos, vía la compra del material, no justifica que se descarte esta alternativa. Así, la GEE ha estimado que manteniéndose constante el precio por el servicio de transporte, un operador aún podría considerar rentable la compra de material en un lapso de siete (7) años, en un escenario optimista donde el entrante obtiene una participación del 30% del mercado”. Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI.

competitivos que se estima el grupo FETRANS-PERURAIL adoptaría. Ello pondría en evidencia que los factores de producción del material tractivo y rodante para operar en el FSO (tales como el material tractivo y rodante ubicado en otros lugares del Perú o del mundo, el material de trocha ancha potencialmente adaptable a trocha angosta, las materias primas para producir material nuevo, personal técnico, administrativo, bienes de capital, etc.) están siendo demandados competitivamente en otras áreas de la producción o en otros lugares donde su utilización es más eficiente. *Si esta competencia intersectorial le da ventaja a cierto competidor en un mercado específico porque adquirió primero el material tractivo y rodante disponible en el área, ello no representa ninguna falla de proceso competitivo, sino al contrario, consiste en un aprovechamiento de la perspicacia y habilidad para leer la evolución de los precios mejor que otros.* Lo que hizo la Sala fue desaprobar de un *resultado concreto* del proceso competitivo –i.e. un solo competidor- y obligarlo a compartir recursos para alcanzar *otro resultado concreto* -i.e. varios competidores en el servicio de transporte ferroviario. Sin embargo, desde el punto de vista dinámico, privar de aprovechamiento a la perspicacia empresarial –tal como se hizo en el presente caso- es precisamente la manera cómo frenar la competencia. Efectos subsidiarios son, evidentemente, una expropiación de las ganancias esperadas, desincentivo para realizar nuevas inversiones, desincentivos para desarrollar nuevas formas de transporte, etc.

Al amparar la denuncia, la Sala asumió que el hecho de haber alquilado el 100% del material tractivo y rodante a favor de PERURAIL necesariamente se explicaba por una estrategia anticompetitiva exclusoria del grupo FETRANS-PERURAIL. Por ello, gran parte de la discusión se desvió a determinar qué porcentaje del material era *efectivamente* utilizado por PERURAIL con la finalidad de dejar en evidencia que existía un eventual acaparamiento *injustificado* del material en perjuicio de otros competidores. Este acaparamiento crearía, en la noción de la Sala, una “barrera de entrada estratégica”.

Sin embargo, aquí existió una gran confusión entre el beneficio físico/material -inmediatamente perceptible a los sentidos- y el beneficio económico

propriadamente dicho. El beneficio económico está relacionado con el plan del empresario y el cumplimiento de sus expectativas; es decir, con la satisfacción de sus fines subjetivos, mediatos e inmediatos. En el caso concreto, si bien era posible argüir que PERURAIL no estaba utilizando *físicamente* el 100% del material arrendado a su favor, *económicamente*, PERURAIL sí estaba utilizando todo el material, habida cuenta que le asignaba a cada uno de los vagones, locomotoras, coches, etc. una finalidad importante dentro de su actividad económica. PERURAIL constantemente debía retener parte del material para su mantenimiento regular y para la cobertura de contingencias, lo que determinaba necesariamente que el material efectivamente utilizado en el transporte sea siempre *menor* al 100% del total arrendado. Pero además, parte del material no utilizado servía como *capacidad instalada* para poder atender satisfactoriamente los eventuales incrementos en la demanda del servicio de transporte (Vg. En épocas de “temporada alta”). Tal como ya señalamos en el sub-capítulo dedicado a las barreras de entrada, la excesiva o diminuta capacidad instalada depende de las expectativas subjetivas y previsiones del empresario respecto de la demanda que va a enfrentar. En ese sentido, si bien externamente podría parecer que PERURAIL no estaba utilizando el 100% del material, en realidad, desde el punto de vista económico, sí lo hacía. No se trataba, pues, de una “barrera estratégica”, sino de una conducta competitiva propriadamente dicha, por la cual PERURAIL pretendía estar debidamente preparado para brindar un servicio *continuo* a los consumidores²¹⁴.

Ahora bien, hemos concedido demasiado al asumir condiciones estáticas en el mercado. La realidad demuestra que los empresarios constantemente procuran crear nuevas maneras de servir a los consumidores produciendo a bajo costo y, en el caso bajo comentario, esta situación es especialmente patente. En primer lugar, no es verdad que el material tractivo y rodante constituya un costo irre recuperable o que sea un activo “específico”, entendido como un activo que no puede ser utilizado en ningún otro mercado. Si bien los vagones sólo pueden ser utilizados para transportar pasajeros, este mismo servicio puede

²¹⁴ Tal como hemos precisado en otras ocasiones, esta afirmación no dice nada acerca de la razonabilidad o de la eficiencia de dicha conducta. Ésta última se verifica en el proceso de ensayo y error.

ser prestado en otra ruta dentro o fuera del país. Si ello es así, entonces tanto la empresa establecida como cualquier otro competidor real o potencial tienen una posibilidad real de revender los equipos adquiridos si desearan abandonar el negocio. De hecho, es una práctica *usual* entre las empresas ferroviarias revender sus equipos usados, por lo que si FERSIMSAC fracasara en una eventual guerra de precios frente a PERURAIL, podría efectivamente salir del mercado sin tener que resignarse a perder totalmente sus inversiones. Esto contradice el razonamiento de la Sala que sugiere una infranqueable barrera de salida por costo hundido²¹⁵.

Otra condición dinámica de la competencia real omitida por la Sala es la posibilidad de competir por factores distintos al precio. FERSIMSAC u otro operador bien podrían invertir en diferenciarse de los servicios prestados por PERURAIL, lo que les permitiría obtener ganancias rentables en el tiempo para cubrir sus costos fijos. A ello debemos agregar la amplia evidencia histórica sobre industrias de altos costos hundidos que han sabido posicionarse, innovar y competir agresivamente (V.g. industria automotriz). Es más, considerando el carácter dinámico del proceso competitivo, éste puede existir incluso en mercados que desde la perspectiva neoclásica podrían catalogarse como “monopolios naturales”; entiéndase, aquéllos donde esa teoría habría predicho que no era posible la competencia. Sobre el particular, DiLORENZO cuenta lo sucedido con la industria del gas en los Estados Unidos: *“En 1880 existían tres empresas de gas en Baltimore que competían agresivamente unas con otras. Intentaron fusionarse y operar como un monopolio en 1888, sin embargo, un nuevo competidor frustró sus planes: Thomas Alva Edison introdujo la luz eléctrica amenazando así la existencia de todas las empresas de gas. Desde ese momento ha habido competencia entre las empresas de gas y las empresas eléctricas, habiendo incurrido todas ellas en altos costos hundidos*

²¹⁵ “El análisis precedente permite descartar la compra de material como un sustituto viable, en términos económicos, al alquiler del material concesionado a Fetrans, dado que constituye: (i) una barrera de acceso por los mayores costos en que debe incurrir un potencial entrante respecto de aquellos que tuvo que afrontar Perurail; (ii) una barrera de salida por el costo hundido incurrido; y, (iii) una importante inversión que, en principio, sólo podría ser recuperable en un periodo de tiempo de 7 años. Ello permite que Perurail pueda responder a la entrada de un nuevo agente mediante una reducción de precios impidiendo la implementación de una estrategia de tipo “hit and run” y eliminando la posibilidad de que la inversión realizada resulte rentable” Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPÍ

*que les permitieron alcanzar economías de escala. Sin embargo, nunca se dio ningún monopolio de libre mercado o monopolio “natural”*²¹⁶.

Pero quizás la refutación más importante del estrecho análisis de la Sala es que los hechos han demostrado la viabilidad económica de la compra del material tractivo y rodante, ya sea nuevo o usado, original o adaptado, de algún lugar del país o del extranjero. La disponibilidad de estos sustitutos queda demostrada por el hecho de que el propio PERURAIL compró material del extranjero (dos ferrobuses de Bolivia en el 2001 y seis coches de Singapur en el 2003) que fue posteriormente adaptado a trocha angosta para su utilización en el FSO. Asimismo, PERURAIL rehabilitó tres coches y una locomotora que formaban parte del Ferrocarril del Sur (FS), cuyas vías son de trocha ancha, para prestar servicios en el tramo Cusco-Machu Picchu del FSO, de trocha angosta. Por último, todos los equipos otorgados en concesión a FETRANS y que actualmente opera PERURAIL para sus operaciones en el FSO reciben mantenimiento anual en Arequipa; por lo que, dado que la trocha del tramo Cusco - Arequipa es estándar, el material debe ser reconvertido en uno y otro sentido una vez al año, demostrándose así la posibilidad económica de la adaptación. Sin perjuicio de las acciones de PERURAIL, la mejor prueba de la posibilidad de adquirir material tractivo y rodante propio es el reciente ingreso de dos nuevos operadores: INCA RAIL en el 2009 y ANDEAN RAILWAYS en el 2010. Ambas empresas ilustran nuestra teoría expuesta en la primera parte de este trabajo sobre la subjetividad de la noción de barreras a la entrada no legales, en contraste con la noción objetivista de las barreras de entrada abrazada por la doctrina de Libre Competencia, la misma que asume erróneamente la idea de que todas las empresas son iguales, conocen lo mismo, valoran igual y consecuentemente enfrentan las mismas curvas de costos.

Lo importante, pues, para el proceso de mercado es que éste permanezca abierto a fin de que la creación de nueva información sobre las formas de adquisición y producción de material tractivo y rodante, incluyendo cambios que

²¹⁶ DiLORENZO, Thomas. *The Myth of Natural Monopoly*. En: Review of Austrian Economics Vol. 09 No. 02 Pág. 48 (Traducción libre).

puedan generarse en los costos de producción u otras posibilidades del transporte intramodal, sean aprovechadas apenas sean percibidas. En opinión discordante, la agencia de competencia mantuvo en el criterio de que la competencia significa un *estado de cosas* inmóvil sin posibilidades de desarrollo innovativo, que requiere *igualdad de oportunidades* para el acceso inmediato a bienes de capital que el competidor potencial denunciante no pueda duplicar y, que *excluye* la noción de perspicacia empresarial para producir y aprovechar bienes de capital valiosos.

2.3.11. Caso AFP's.

En el caso de la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y Javier Diez Canseco contra la Asociación de AFPs y otros por presuntas comisiones excesivas (precios excesivos) y concertación de precios, resuelta en segunda instancia mediante Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, el INDECOPI señaló: *“La competencia mejora la asignación de recursos y la eficiencia productiva. Desde luego, el marco ideal es el de competencia perfecta pero que es sólo una hipótesis de trabajo. En la vida cotidiana, diversos condicionantes llevan a hablar no de competencia perfecta sino de workable competition”*. Aquí se declara explícitamente que no es la competencia perfecta el estándar contra el cual se analizan las prácticas anticompetitivas, sino el *“workable competition”* o competencia efectiva/practicable. A pesar de la aclaración, la noción de competencia efectiva no logra brindar parámetros claros que permitan concluir qué conductas atentan contra el fenómeno de la competencia ni supera la dificultad de definir qué tipo de competencia es *“workable”* y qué tipo de competencia resulta *“unworkable”*; más bien, se trata de un concepto que denota *cuán satisfechos estamos* (o mejor dicho, está la agencia de competencia) con el resultado del proceso de mercado en un momento histórico determinado, dada la imposibilidad de la competencia perfecta. Es decir, es un *concepto normativo*. En palabras de SOSNICK, *“la teoría [de la competencia efectiva] probablemente sea mejor entendida como un intento para formular ciertos estándares normativos. Las normas indican situaciones alcanzables que son socialmente deseables en el contexto de mercados*

*capitalistas individuales*²¹⁷. No existe un interés en elaborar una teoría de cómo funciona el proceso competitivo (positiva), sino solamente en alcanzar ciertos resultados deseables al margen de dicho proceso. Las conductas anticompetitivas, desde dicha perspectiva, no atentan contra el proceso competitivo sino contra determinados *resultados* considerados deseables.

Al ser una segunda mejor alternativa (*second best*) de la competencia perfecta como ideal social, el concepto de *workable competition* no puede desligarse de la pretensión de equilibrio eficiente propio del análisis estático, ya que siempre es guiado e interpretado a la luz de las condiciones de la competencia perfecta y la teoría del monopolio neoclásico. Por ejemplo, se acepta que el mercado no sea atomístico (totalmente fragmentado) como en la competencia perfecta, pero de todas maneras la concentración sigue siendo objeto de desconfianza, restringiéndose el rango de actuación de las empresas en mercados concentrados. Igualmente, el detrimento del número de competidores, la posibilidad de influir sobre el precio o la existencia de diferenciación de productos -muchas veces llamada "artificial"- son elementos que harían menos competitivo un mercado.

Tal como señala la Enciclopedia Britannica, "el término "*workable competition*" fue acuñado para describir una competencia que tiende a una aproximación razonable y socialmente aceptable de desempeño ideal, en las circunstancias de un mercado particular. Desde luego, los límites de tal aproximación son debatibles y, en consecuencia la idea de "*workable competition*" se mantiene imprecisa ya que es básicamente subjetiva"²¹⁸. Luego, procede a señalar los principales atributos de este desempeño razonable y aceptable del mercado:

- (1) En el largo plazo, el precio de venta deben ser iguales o no significativamente mayores que los costos de producción,

²¹⁷ SOSNICK, Stephen H. *A Critique of Concepts of Workable Competition*. En: Quarterly Journal of Economics. Disponible *online* en: qje.oxfordjournals.org

²¹⁸ Página web de la Enciclopedia Britannica, Voz: *Workable competition*. Disponible aquí: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/390038/monopoly-and-competition/34162/Workable-competition?anchor=ref920523>

- (2) Las economías de escala y capacidades de las plantas y empresas más eficientes deben reflejarse en la preponderancia de éstas dentro del mercado.
- (3) El mercado no debe tener una capacidad excesiva (ociosa) crónica.
- (4) Los costos de promoción del mercado no deben ser sustancialmente mayores a lo necesario para mantener a los consumidores informados de las características disponibles de los productos y sus precios.
- (5) El mercado debe innovar sus métodos y técnicas de producción constantemente, así como sus productos, balanceando así los costos del progreso y las ganancias²¹⁹.

Con mayor precisión, SOSNICK relata los distintos criterios normativos propuestos por diversos autores, que definirían la “*workability*” de un mercado individual; criterios relativos a su *estructura, conducta y desempeño*²²⁰. En cuanto a la *estructura* del mercado, señala que (1) debe existir un gran número de agentes, ninguno de ellos dominante, tantos como las economías de escala lo permitan; (2) la diferencia de calidades entre los bienes competidores debe ser moderada y sensible al precio; (3) no debe haber restricciones artificiales a la movilidad; (4) deber haber una adecuado acceso a la información; (5) debe haber algún grado de incertidumbre con respecto a la posibilidad de que una reducción del precio pueda ser igualada por otros competidores; (6) no deben existir restricciones legales; (7) debe existir una apertura permanente hacia nuevos tipos y áreas de la rivalidad. Los criterios normativos que rigen las *conductas* de una competencia efectiva serían: (1) Las empresas deben rivalizar siguiendo sus propios juicios empresariales, respondiendo –sin coludirse- a consideraciones de pérdidas y ganancias; (2) las empresas no deben proteger permanentemente rivales, proveedores o consumidores ineficientes; (3) no deben existir tácticas injustas, exclusorias, predatorias o coercitivas; (4) algunas formas de discriminación no deben existir; (5) la promoción no debe confundir a los consumidores; (6) los compradores deben reaccionar razonablemente rápido a ofertas diferentes. Finalmente, algunos criterios recogidos relativos al *desempeño* de mercado efectivamente

²¹⁹ *Ídem.*

²²⁰ SOSNICK, Stephen. *Op. Cit.* Págs. 389-391.

competitivo: (1) Las operaciones deben ser eficientes, (2) Los costos de promoción no deben ser excesivos; (3) Las ganancias deben estar a un nivel que compense la inversión y la eficiencia, e induzca a la innovación; (4) la producción debe ser consistente con una buena asignación de recursos; (5) los precios no deben intensificar el problema cíclico, (6) la calidad debe estar acorde con los intereses de los consumidores; (7) las oportunidades para desarrollar nuevas técnicas y productos no deben ser rechazadas, (8) debe tomarse en cuenta la conservación; (9) el éxito se da para quienes dan a los consumidores más de lo que piden; (10) la entrada debe ser tan libre como la naturaleza del mercado concreto lo permita; (11) el mercado debe ayudar a la defensa nacional; (12) no debe acumularse excesivo poder económico y político en las manos de grupos pequeños; y (13) debe considerarse el bienestar de los trabajadores.

Bajo esta noción de *competencia efectiva*, se mezclan asunciones y condiciones estáticas de la competencia perfecta con las reconocidas eficiencias de la competencia real o imperfecta, sin articular una teoría comprensiva que explique cómo así las violaciones a tal competencia perfecta-ideal pueden generar bienestar social. Sin esa teoría comprensiva, ¿sobre qué base, entonces, se eligen o se descartan las condiciones de la estructura, conducta y desempeño que describen la *competencia efectiva*? ¿Qué criterios se utilizan para decidir qué condición sí corresponde a la *competencia efectiva* y qué condición no? No existe pues una noción seriamente elaborada del funcionamiento del proceso competitivo que sirva de referencia para elaborar la lista de los criterios normativos antes propuestos. Consecuentemente, dentro de esta mezcolanza, no hay forma de obtener criterios claros para determinar que una conducta es anticompetitiva. Al contrario, se utilizan expresiones totalmente discrecionales tales como “precios significativamente mayores a los costos”, “costos sustancialmente mayores a lo necesario”, “balance de los costos del progreso y las ganancias”, “desempeño aceptable”, etc. A diferencia de la mayoría de tipos penales por ejemplo, en los que el supuesto de hecho está claramente definido -V.g. homicidio es dar muerte a otro ser humano-, en el caso de las conductas anticompetitivas, el tipo está caracterizado por una

“limitación o restricción de la competencia”, definiendo a ésta en función el “desempeño aceptable”.

Peor aún, en algunos casos se cae en *la falacia de petición de principio (petitio principii)*, ya que las *conductas anticompetitivas* usualmente se definen como aquéllas que atentan contra la *competencia efectiva* y, a su vez esta última requiere que “no existan tácticas injustas, exclusorias, predatorias o coercitivas” (numeral 4 de los criterios relativos a las *conductas* en el mercado antes señalados); vale decir, que no existan *conductas anticompetitivas*.

Más adelante, en la misma Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, la agencia de competencia criticó la actuación anticompetitiva de las empresas dominantes en los siguientes términos: “[...] *ejercen el derecho a fijar precios o las condiciones comerciales libremente, de manera abusiva, pervirtiendo y destruyendo el régimen de libre competencia y dejando de lado las invocadas leyes de la oferta y la demanda, para reemplazar ambos por la voluntad unilateral y arbitraria de quienes ostentan posición de dominio. Cuando esto sucede, recae sobre los órganos del Estado la obligación de restaurar el equilibrio perdido. [...] El abuso explotativo utiliza el nombre de la competencia como un mero pretexto para explotar al máximo a los consumidores vaciando de contenido a este mecanismo económico de control y protección natural de los consumidores [...]*”²²¹.

Esta cita condensa varias ideas que ya hemos comentado, que hacen manifiesta la noción de competencia que la agencia de competencia pretende preservar. La idea de que en un mercado abierto es posible “fijar” precios, actuar unilateral e independientemente, que sin violencia o agresión es posible “evadir” las leyes económicas de la oferta y la demanda y, que la obligación del Estado en estos casos consiste en restaurar el equilibrio perdido, denotan la adopción de una noción de competencia *irreal, estática* y preferiblemente *en equilibrio*. Es *irreal* porque el intercambio, sus condiciones y el precio son fenómenos mutuales, no unilaterales. Como ya mencionamos anteriormente,

²²¹ Pág. 33-35.

hablar de unilateralidad e independencia -en un contexto donde cada quien tiene el control absoluto de sus recursos- es producto de una observación superficial de los hechos. Es *estática*, porque asume que una vez alcanzada una posición de relativo éxito, el proceso competitivo se convierte en un estado de cosas inmóvil, permitiendo a la empresa dominante actuar con plena discreción sin enfrentar ninguna consecuencia positiva o negativa. Asimismo, la recurrente idea de que el Estado debe restablecer el equilibrio o la eficiencia no es sino el reflejo indirecto de la competencia perfecta como un *estado de cosas* donde se alcanza la máxima eficiencia asignativa; idea que excluye las nociones de desequilibrio, incertidumbre, proceso competitivo de ensayo y error, mecanismo de pérdidas y ganancias, etc.

2.3.12. Cab Cable v. Electrocentro.

La pretendida búsqueda del equilibrio estático y la pluralidad deliberada de empresarios al margen del proceso competitivo se manifiesta también en el caso de Cab Cable S.A. (Cab Cable) contra Electrocentro S.A. (Electrocentro), sobre negativa injustificada a contratar. Cab Cable había comprado de Cable Visión Huancayo S.A. la infraestructura para la prestación del servicio de TV por cable en la ciudad de Huancayo. Dado que esta última alquilaba los postes de propiedad de Electrocentro para que sostengan la red de cables, Cab Cable pretendía mantener o renovar este contrato de arrendamiento; no obstante, esta pretensión no fue aceptada por Electrocentro, por lo que Cab Cable decidió denunciar la negativa ante la agencia de competencia.

Mediante Resolución N° 011-2000-INDECOPI/CLC, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI declaró FUNDADA la denuncia de Cab Cable y decidió sancionar a Electrocentro por negativa injustificada a contratar. La razón radicaba en que para Cab Cable no era posible sustituir fácil y económicamente los postes alquilados (de propiedad de Electrocentro) por la instalación de postes propios o cableado subterráneo, así como que la prestación del servicio de cable bajo la modalidad MMDS y difusión por satélite no eran sustitutos adecuados. En ese sentido, se alegaba que la eficiencia de la competencia sólo podría lograrse si Electrocentro alquilase sus postes a

favor de Cab Cable. INDECOPI entendió, entonces, que la negativa de alquiler implicaba un perjuicio para el proceso competitivo.

En segunda instancia, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI expidió la Resolución N° 0869-2002/TDC-INDECOPI de fecha 11 de diciembre de 2002, que confirmó la decisión de la Comisión, arguyendo entre otras cosas:

“La concurrencia es el sustrato económico material de la competencia entre empresarios y también el presupuesto fáctico natural de la competencia entendida como elemento institucional básico y esencial del sistema económico de mercado.

Por ello, la autoridad de libre competencia debe velar por que el acceso y permanencia de las empresas en el mercado no se vea impedido de manera ilegal por los agentes económicos que ya se encuentran en el mercado”

“Si una empresa no puede adquirir el recurso o servicio controlado o prestado por la empresa dominante se vería impedida de poder competir en el mercado, con el consiguiente perjuicio, no sólo para dicha empresa, sino también para los potenciales consumidores. La decisión de que un competidor no ingrese o salga del mercado se debería en este caso –el de la negativa de contratación- no a la decisión de los consumidores, sino a la decisión unilateral de la empresa dominante [...] En otras palabras, no se impone el deber de contratar, sino la carga de justificar su negativa”.

Lo primero que llama la atención es la deliberada intención de alcanzar la pluralidad empresas competidoras para que exista competencia. A ello se refiere cuando dice que *“la concurrencia es el sustrato económico material de la competencia”*. Esto, evidentemente, es influencia directa del modelo de competencia perfecta, aquélla situación o estado de cosas eficiente donde muchos ofertantes y muchos demandantes generan automáticamente una situación de equilibrio eficiente en términos paretianos. Bajo aquélla noción, *no es concebible que las conductas permanentemente competitivas, agresivas y satisfactorias (para los consumidores) de parte de algunas empresas generen*

una estructura de mercado eficiente, pero con un solo ofertante. No se concibe que ese ofertante único siga siendo competitivo en razón a que sabe mantenerse como la mejor alternativa frente a los consumidores porque perspicazmente advirtió antes y mejor que otros las necesidades de aquéllos, produciendo no sólo los mejores bienes de primer orden (de consumo), sino también los bienes de órdenes superiores (bienes de capital) necesarios para producir aquéllos otros de un modo más eficiente.

Para la agencia de competencia, era necesario modelar una estructura “competitiva”, pues ésta condicionaría las conductas de las empresas y, a su vez, las conductas determinarían un desempeño eficiente: típico razonamiento del aún vigente paradigma *structure-conduct-performance*. *Bajo ese esquema, no resulta relevante cómo se advirtieron, desarrollaron y produjeron los valiosos bienes de capital que ahora otros competidores necesitan para ingresar al mercado, ni cómo funciona el proceso de coordinación intertemporal por el cual los precios futuros anticipados por un empresario perspicaz van determinando el nivel de inversión en capital actual.* El análisis se centró en que, dado que los bienes de capital ya se habían producido y que su duplicación era costosa, la competencia “plural” requería que tales bienes se compartan entre los competidores.

Este razonamiento resulta palmario en la siguiente cita textual de la resolución de la Sala, emitida en el mismo caso:

“En ese sentido, si una empresa tiene un recurso o servicio considerado esencial, se niega injustificadamente a contratar con otra y dicha conducta perjudica el interés económico general, en especial, a los consumidores, será objeto de sanción por la autoridad de libre competencia”

*No resulta razonable que Cab Cable invierta en la construcción de postes o en la utilización de tecnología o infraestructura distinta a los postes existentes, **dado que ello es innecesario al ser posible que se comparta la infraestructura de Electrocentro**, tanto por los altos costos que tendría que asumir Cab Cable para la prestación del servicio*

de televisión por cable como por la pérdida social al no utilizarse en su integridad los recursos existentes” (negritas y subrayado agregados)

Tal como decíamos, debajo de este criterio subyace la idea de que sólo la *pluralidad* de competidores garantiza la libre competencia y, que escenarios donde aparentemente no exista *pluralidad*, el Estado está obligado a disponer o reasignar recursos privados a fin de crear una estructura estática competitiva. *Es una regla que favorece el free riding y castiga con cargas arbitrarias a las empresas realmente competitivas.*

Otra aclaración pertinente es que, a modo de minimizar su intervención, el Tribunal dice que “*no se impone el deber de contratar, sino la carga de justificar su negativa*”; sin embargo, tal como están planteados los criterios, una vez verificada la costosa duplicación de los recursos o instalaciones esenciales materia de litis, la regla impuesta sí consiste en compartirlos, salvo que -como excepción a la regla- el denunciado acredite objetiva y fehacientemente a la autoridad que no puede hacerlo.

Como era de esperarse, esta decisión fue materia de severas críticas por parte de estudiosos del Derecho de la Libre Competencia; sin embargo, algunos de ellos se centraron en cuestiones menos relevantes tales como la diferenciación entre la “negativa injustificada de trato” y la “negativa arbitraria de trato”; esto es, entre aquella situación en la que el denunciado obtiene un beneficio a partir de la negativa, i.e. crearle una barrera a un competidor; y otra en la que el denunciado no obtiene ningún beneficio de la negativa, al no encontrarse en relación de competencia con la empresa excluida. Tales críticas se enfocaban en que la ley de competencia peruana sólo sancionaba la “negativa injustificada” mas no la “negativa arbitraria”, por lo que la resolución en comentario era ilegal.

En esta línea se encuentra FALLA cuando indica que Electrocentro no era competidor directo de Cab Cable de modo que, al no obtener ningún beneficio de su negativa de trato, no debió haber sido sancionado ni obligado a alquilar sus postes a favor de la denunciante: “*Hay relación de competencia directa?*”

No hay ninguna: las empresas involucradas en dichos procesos operan en mercado distintos, venden productos distintos, ni se miran en el mercado.

Cuál ha sido el razonamiento del INDECOPI? Casi, casi, “el fin justifica los medios”. Esto es, “es indiferente si la conducta se desarrolla con el propósito de afectar o no la competencia. Es indiferente si el agente –[...] la empresa eléctrica- que desarrolla la conducta deriva de la conducta una ventaja o un beneficio en competencia en el mercado. Basta que, a su entender, la conducta afecte la competencia”. El Tribunal ha abierto una puerta peligrosa”²²²

Desde la perspectiva de FALLA, si la denunciada sí hubiese estado en relación de competencia con la empresa excluida, entonces sí se verificaría una afectación de la libre competencia. De igual opinión es BULLARD con respecto al mismo caso: *“El caso sería distinto si estuviésemos hablando de una compañía como Telefónica que sí brinda el servicio de televisión por cable; la negativa en ese supuesto tendría como objetivo impedir la entrada de un competidor, es decir crear una barrera al mercado”²²³.*

Estas críticas pierden de vista la cuestión fundamental de la competencia como proceso de descubrimiento y terminan adoptando el dogma por el que puede alcanzarse coactivamente un estado de cosas considerado eficiente – caracterizado por la pluralidad de oferentes- al margen del proceso competitivo. Ambos críticos estarían de acuerdo en obligar a Electrocentro a alquilar sus postes a favor de Cab Cable si ambas empresas fuesen competidoras directas. Así, atrás quedan los comentarios más acertados de FALLA, cuando sarcásticamente señalaba: *“Si ése es el criterio [refiriéndose a la solución eficientista de corto plazo de la Sala] a alguien se le podría ocurrir exigir que se comparta la infraestructura para la instalación de publicidad en la vía pública: “si ya hay uno que tiene su poste metido en la calle, no se va a construir uno*

²²² FALLA JARA, Alejandro. *Facilidades esenciales y negativa injustificada a negociar*. En: AAVV. *La Evolución de la Libre Competencia en el Perú*. Op. Cit. Pág. 75

²²³ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *La Década de los noventa. La experiencia peruana en libre competencia*. En: AAVV. *La Evolución de la Libre Competencia en el Perú*. Op. Cit. Pág. 44.

nuevo, entonces que se dividida los paneles que son bien grandes: una parte la usa una empresa y el otro espacio la puede usar otra^{m224}.

En suma, tanto la decisión de la Sala como la posición de sus críticos estaban perfectamente alineadas en el análisis estático y en la necesidad de pluralidad, incluso coactiva, como requisito de la ideal competencia.

2.3.13. Aerocontinente v. BCP.

Aún más explícita al respecto es la decisión contenida en la Resolución N° 0870-2002/TDC-INDECOPI de fecha 11 de diciembre de 2002, que revocó la Resolución N° 022-2001-INDECOPI/CLC, declarando FUNDADA la denuncia, en el caso de Aerocontinente S.A. contra el Banco de Crédito del Perú (BCP) por supuesta negativa injustificada a brindar servicio de cuenta corriente en Puerto Maldonado. Aerocontinente necesitaba una cuenta corriente en moneda nacional y extranjera a fin de que su agente autorizado en la ciudad de Puerto Maldonado pueda depositar en ella el importe de las ventas.

El BCP era el único banco que ofrecía el servicio de cuenta corriente en Puerto Maldonado. El Banco de la Nación no lo hacía, pero sí brindaba el servicio de envío de dinero. A pesar de ello, Aerocontinente denunció al BCP por haberse negado a brindarle el servicio de cuenta corriente, aduciendo que dicha circunstancia le impedía operar en Puerto Maldonado. El Tribunal del INDECOPI sostuvo que la cuenta corriente era una “facilidad o instalación esencial” (*essential facility*) para la viabilidad de la actividad económica de Aerocontinente y, por ende, amparó su denuncia.

De acuerdo a la decisión del INDECOPI, la instalación esencial se da cuando “*existen dos empresas competidoras y una de ellas tiene el control de un recurso insustituible o sólo sustituible a muy alto costo, para la prestación del servicio que ambas ofrecen*”²²⁵. Ante estos casos, el criterio convencional del

²²⁴ FALLA JARA, Alejandro. *Facilidades esenciales y negativa injustificada a negociar*. En: AAVV. *La Evolución de la Libre Competencia en el Perú*. Op. Cit. Pág. 71-72.

²²⁵ Resolución N° 0870-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002. Pág. 45.

Derecho de la Libre Competencia es que el competidor que no tiene el control del recurso esencial tenga acceso a él, obligando así a la empresa que sí controla el recurso a que lo comparta con su competidor. La excepción a la regla es que el propietario del recurso esencial justifique objetivamente por qué no podría compartir su recurso. Tal como ya hemos sostenido antes, *desde la perspectiva dinámica de la competencia, el llamado “recurso esencial para competir” no es sino un bien de capital advertido, desarrollado y producido antes que otros por un competidor individual en la pugna competitiva para alcanzar mayores eficiencias que los demás, por ende, resulta coherente con un sistema competitivo que su aprovechamiento corresponda al criterio del empresario que lo concibió y produjo.*

El argumento del alto costo de la duplicación del recurso esencial no es sino un corolario de aquella posición que sostiene que los altos requerimientos de capital constituyen una barrera a la entrada y hacen menos competitivo a un mercado. De ella ya nos hemos ocupado en la primera parte, sin embargo, cabe hacer notar que precisamente las industrias más competitivas e innovadoras tienden a desarrollar más y más de estos recursos esenciales de costosa duplicación, justamente porque generan eficiencias y ahorros en costos. Dicho de otro modo, el hecho de que estas industrias se hayan desarrollado con altos costos fijos significa que la competencia ha alcanzado un nivel de eficiencia tal que se requiere estas inversiones. Esto no tiene nada que ver con que exista menos competencia y, menos aún, con la eventual obligación de compartir bienes de capital para garantizarla.

Bajo el mismo argumento del alto costo de la duplicación, cuando Henry Ford desarrolló la primera planta para montaje de autos en serie, algún competidor potencial pudo haber alegado que dicha planta era una instalación esencial – pues no se puede producir autos en serie sin ella- cuya duplicación era excesivamente costosa -pues ésta constituye alto costo hundido- y, en consecuencia, que Ford estaba en la obligación de compartirla a sus competidores, salvo que pruebe una razón “objetiva y suficiente” para negarse. Nótese además que el mero aprovechamiento egoísta de lo producido no constituiría –para el sistema de defensa de la competencia- justificación

suficiente para negar el acceso a los competidores. Esto es, que si Ford hubiera dicho: “*Esta planta es una ventaja creada por mí para mi empresa con la intención de ser mejor que mis competidores y por ende no quiero compartirla con ellos*”, la agencia de competencia le habría replicado: “*¡Lo siento Ford, dame una razón objetiva distinta a tu deseo de excluir a tus competidores, sino te obligaré a compartir tu planta!*”. Evidentemente, una pretensión como aquélla no sólo habría tirado por la borda el espíritu competitivo e innovador de Ford, sino que en el largo plazo nos hubiera privado de grandes marcas de autos y plantas de montaje efectivamente duplicadas por doquier alrededor del mundo. Éste no sólo es el caso de los automóviles, sino también el caso de los teléfonos, las agencias bancarias, las botellas de cerveza, etc. los que nos ilustran que la duplicación puede darse en la práctica si los consumidores así lo desean.

Finalizando la resolución bajo comentario, la agencia de competencia admitió que la regla de compartir recursos esenciales es distinta para aquellas empresas que no tienen posición de dominio. Éstas sí pueden utilizar sus recursos discrecionalmente, aceptándose que este tipo de utilización no afecta el proceso competitivo²²⁶. Pero, ¿cuál es la diferencia? *¿Cómo así el aprovechamiento discrecional de lo que uno produce -que es una práctica competitiva- se vuelve anticompetitiva una vez que la empresa alcanza una posición exitosa en el mercado?*

2.3.14. Ambev v. Backus.

El mismo prejuicio contra la competencia agresiva mediante el desarrollo de eficiencias y recursos esenciales con el objeto de excluir a los demás competidores se verifica en la Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC, referida a la denuncia interpuesta en el año 2004 por Ambev Perú S.A.C. (Ambev) contra las empresas Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (Backus), Compañía Cervecera del Sur S.A.A. (Cervesur),

²²⁶ “*Es importante destacar que lo resuelto no desconoce el derecho de la entidad denunciada a establecer una política discrecional de contratación de sus servicios en aquellos mercados en los que exista la oferta sustituta de dichos bienes y no ostente la posición de dominio que, en este caso, se presenta en función de la determinación geográfica de su negocio*”. *Ibidem*.

Cervecería San Juan S.A.A. (San Juan), Maltería Lima S.A. (Maltería Lima); el Comité de Fabricantes de Cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias (el Comité) y la Confederación de Titulares de Marcas Cerveceras Peruanas (la Confederación).

Ambev indicó que el Comité administraba un “Sistema de Libre Intercambiabilidad de Envases” (SIE) entre sus miembros y era titular de las marcas colectivas que identificaban las botellas sujetas a este sistema (figura de triángulo con las letras “CFC”, con ramas de cebada entrelazadas y una flor de lúpulo, para distinguir envases de vidrio). El SIE –se alegó- permitía que los consumidores pudieran intercambiar sus envases vacíos por envases llenos, al margen de la marca de la cerveza o del productor. De esta manera el consumidor podía acceder a productos de distinta marca y origen empresarial, sin que para ello tuviera que adquirir o mantener un stock equivalente a tantos envases vacíos como marcas existan en el mercado²²⁷.

Tal como reconoció Ambev, el SIE surgió como un medio para facilitar la comercialización de cerveza en el mercado, desarrollándose a través de un conjunto de acuerdos a los cuales los distintos empresarios llegaron para aumentar la eficiencia en la industria mediante el ahorro de costos operativos así como ahorros en costos de transacción para los consumidores. No obstante, dado que Backus había adquirido Cervesur, San Juan y Maltería Lima, pudo obtener el control del Comité y de la Confederación y, aprovechando dicha situación, impidió que Ambev se incorpore al Comité y tenga así acceso al SIE.

Ambev solicitó las más altas sanciones para las empresas denunciadas, pero además solicitó las medidas necesarias a efectos de permitir su plena participación en el referido SIE, incluso si el Comité transfiriera a terceros la titularidad de las marcas colectivas en cuestión.

²²⁷ Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC de fecha 10 de marzo de 2004. Pág. 03.

La Comisión de Libre Competencia admitió a trámite la denuncia señalando que existían indicios de que Backus estaba desarrollando una estrategia anticompetitiva excluyente, aprovechando su control sobre el SIE:

“90. En efecto, la negativa de acceso a una organización indispensable o sustancialmente importante para operar en el mercado podría constituir una barrera a la entrada que lesiona la competencia (potencial) en el mercado. Dicha negativa podría ser considerada como una infracción a las normas de libre competencia, siempre que la misma no tenga justificación de tipo económico o legal.

91. La lesión de la competencia se produce a nivel de los productores, toda vez que hay un potencial entrante que verá reducida su capacidad de competir en el mercado, consecuencia de la negativa de acceso a la organización intermediadora (efecto excluyente). Un efecto indirecto se da a nivel de los consumidores, pues éstos pierden la posibilidad de tener mayor variedad de productos en el mercado”²²⁸

“113. La negativa injustificada de acceso al SIE se encontraría tipificada en el primer párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, por cuanto se trataría de una conducta ejecutada por un Grupo Económico dominante que estaría actuando de manera indebida (la negativa arbitraria), con el objetivo de obtener beneficios derivados de mantener su posición de dominio en el mercado de cerveza, en perjuicio de la competencia potencial representada por la supuesta entrada de Ambev Perú al mercado (el perjuicio sería el efecto excluyente derivados de la conducta)”²²⁹

Asimismo, como medida cautelar, ordenó (i) que la titularidad sobre las marcas colectivas referidas a las botellas que participaban del SIE no sean transferidas a la Confederación, ni a cualquier otra persona; (ii) que no se modifique los Estatutos del Comité; (iii) ni, el Reglamento General de Uso de Marcas Colectivas de Productos del Comité de Fabricantes de Cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias.

²²⁸ Resolución No. 010-2004-INDECOPI/CLC. *Cit.* Pág. 29

²²⁹ Resolución No. 010-2004-INDECOPI/CLC. *Cit.* Pág. 35

La cuestión que nos importa está relacionada a la noción de competencia que manejó la Comisión para admitir a trámite la denuncia y conceder la aludida medida cautelar. La negativa de acceso al SIE fue considerada como una presunta conducta anticompetitiva, pues constituiría una “*negativa de acceso a una organización indispensable o sustancialmente importante para operar en el mercado*”; es decir, una barrera a la entrada estratégica que lesionaba la competencia. De ello se desprende que en general -para la Comisión- una conducta “competitiva” requiere que el competidor que ha desarrollado un recurso o una organización “sustancialmente importantes” -entiéndase, eficiente- los comparta con sus competidores. Una vez más, y tal como hemos expuesto reiteradamente, esta noción excluye la idea de un proceso competitivo sobre la base de méritos empresariales de descubrimiento e innovación.

Si bien Ambev sostuvo insistentemente que su pretensión no era oportunista, es decir, que no constituía un aprovechamiento de las eficiencias ajenas (*free riding*), sus acciones decían lo contrario: su persistente pretensión de participar en el SIE demostraba que buscaba beneficiarse de un sistema que no había advertido, desarrollado ni producido. Sólo una noción tergiversada de competencia, entendida como *igualdad de condiciones*, profundamente influenciada por la noción de empresas *atómicas* y *representativas* –i.e. todas iguales- de la competencia perfecta, podría avalar la pretensión de Ambev, así como explicaría la argumentación y decisión de la Comisión de Libre Competencia.

Posteriormente, por Resolución N° 0282-2004/TDC-INDECOPI de fecha 02 de julio de 2004, el Tribunal del INDECOPI revocó la medida cautelar aludida reconociendo que “*lo que se aprecia es la conducta de un grupo económico destinada a proteger los activos que considera de su propiedad, sin que exista referencia alguna a la necesidad insustituible de utilizar un sistema de intercambiabilidad de envases como condición indispensable de acceso al mercado*”.

Criticando esta última resolución, VÁSQUEZ y TOVAR hicieron un alegato que expone claramente la visión estática y colectivista de la competencia que aquí venimos discutiendo: “No vemos por qué los peruanos nos debemos conformar con un sistema menos eficiente si se ha llegado a soluciones tan beneficiosas por un desarrollo natural de nuestro mercado. Vemos ahora que, por preservar el poder económico de un grupo empresarial, se pueden perder considerables beneficios para la sociedad. En tal sentido, no resulta razonable que por salvaguardar los intereses del monopolio, se deba “involucionar”, desmantelando el sistema existente. Con ello, los más perjudicados resultan siendo los consumidores”²³⁰. Por un lado, debe aclararse que el grupo Backus no estaba destruyendo el SIE, sino sólo restringió su aprovechamiento al conjunto de empresas y cervezas pertenecientes a su grupo económico. Estaba explotando las ventajas que competitivamente había desarrollado o adquirido. Por otro lado, la experiencia ha demostrado que la competencia entre dos y más grupos cerveceros es perfectamente posible sin que las botellas de estos grupos económicos distintos sean necesariamente intercambiables, con lo cual tanto la teoría como la evidencia refutan la posición de Ambev y de la Comisión. A mayo de 2010, existían en el mercado peruano por lo menos tres grupos cerveceros, cada uno de ellos con más de una marca, liderados siempre por Backus, seguido por Ambev y con una pequeña participación del Grupo AJE²³¹.

Pero además apoyarse en una noción errada de la competencia, la doctrina que afirma el carácter anticompetitivo de las llamadas *negativas de trato* ha probado ser imprecisa, errática e impredecible. Dice PASQUEL que luego de 70 años de concebida, a la luz de la jurisprudencia nacional y extranjera, no existen criterios que permitan decidir cuándo una negativa es justificada y cuándo no lo es. Esta falta de criterios claros hace que sancionar negativas

²³⁰ VÁSQUEZ COSTA, Renato y TOVAR MENA, Teresa V. *Estrategias del monopolio para no competir: Acerca de cómo el nuevo competidor de Backus-Bavaria es considerado una piedra en el zapato* En: Diálogo con la Jurisprudencia Año 10 N° 70. Pág. 32.
Diálogo con la Jurisprudencia Año 10 N° 70. Págs. 29 y ss.

²³¹ Fuente: Arellano Investigación y Marketing. En: Día_1, publicación semanal del diario El Comercio, 24 de mayo de 2010. Pág. 16.

injustificadas a contratar sea un remedio más costoso y peligroso que el problema que busca solucionar²³².

En el mismo artículo, PASQUEL adoptó una posición dinámica de la competencia y luego reconoce la imposibilidad de una “justificación objetiva” en las decisiones empresariales, con lo cual implícitamente también advierte el falso carácter técnico de la agencia de competencia. En cuanto a lo primero, dice: *“El criterio de evaluar la reducción de la competencia desconoce que una negativa a contratar quizá disminuya la competencia en el mercado, pero puede ser por ejemplo, parte de una estrategia de integración vertical que consolide la posición monopólica de la empresa más eficiente del mercado [...] Por tanto, se podría estar prohibiendo una conducta que si bien reduce la competencia, generará beneficios al mercado en un mediano o largo plazo”*²³³. Sobre la naturaleza de las decisiones empresariales y la consecuente dificultad inherente de acreditar justificaciones “objetivas”, sostiene: *“En el mundo de los negocios los empresarios toman varias decisiones sobre la base de corazonadas, olfato, intuición, etc. De hecho, los mejores empresarios son los que tienen mejor desarrollado este sexto sentido empresarial que les permite evaluar de manera subjetiva cuándo es que conviene contratar con alguien y cuándo no [...]”*. *“El mundo de los negocios no es el de las matemáticas, donde existe una explicación exacta y comprobable para el resultado de cada operación”*²³⁴.

Más adelante, la Comisión de Libre Competencia, en una resolución por la que rechazó una nueva medida cautelar solicitada por Ambev, adoptó una posición más abierta con respecto a la supuesta inexorable necesidad de participar en el SIE, reconociendo las amplias posibilidades que pueden generarse en el contexto de un mercado abiertamente competitivo:

“En efecto, no puede afirmarse que el hecho de no acceder al SIE impida a cualquier productor de cerveza vender sus productos en supermercados, restaurantes o bodegas; acceder a los insumos para

²³² PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. *Negativas a contratar, signos distintivos y la “guerra de las botellas”*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* Año 10 N° 70. Págs. 43 y ss.

²³³ *Ibídem*. Pág. 53.

²³⁴ *Ibídem*. Pág. 54.

fabricar el producto; u obtener envases o tapas metálicas (“chapas”), entre otros. Si una empresa pretende comercializar un millón de botellas de cerveza, el que los envases utilizados sean homogéneos, heterogéneos, intercambiables o no intercambiables, no influye significativamente respecto de la potencialidad de dicha empresa para apropiarse de una cuota importante de mercado con su eficiencia productiva. No puede afirmarse que el hecho de no acceder al SIE impida a determinada empresa acceder al mercado de comercialización de cerveza. Por lo tanto, a criterio de esta Comisión, es verosímil que el SIE cuenta con sustitutos razonables”²³⁵.

2.3.15. Caso Menudencieros de Huaral.

Otra característica de la noción competencia como proceso de ensayo y error es el reconocimiento que los errores empresariales son posibles y que, por ende, los agentes económicos pueden promover sus propios perjuicios, sin que ello implique la existencia de una distorsión en el proceso de ajuste. Estas importantes ideas pueden observarse someramente en un caso resuelto casi diez años antes que la última resolución comentada. En el caso de la Asociación de Menudencieros de Ganado Vacuno en la provincia de Huaral contra el Regidor del Consejo Provincial de Huaral Sr. Carlos Merina Mercado y la Asociación de Proveedores de Ganado Vacuno del camal de Huaral, mediante Resolución N° 039-95-INDECOPI/CLC del 19 de septiembre de 1995, el INDECOPI declaró –entre otras cosas- INFUNDADA la denuncia interpuesta, admitiendo implícitamente que los desequilibrios son parte connatural a la dinámica del proceso competitivo, así como que, con sus acciones y acuerdos, los empresarios pueden promover sus propias desventajas negociales y daño concurrencial.

En el camal de Huaral, los proveedores de menudencia -los ganaderos- tenían un sistema de distribución rotativo para repartirla entre los menudencieros de la

²³⁵ Resolución N° 008-2005-INDECOPI/CLC de fecha 17 de febrero de 2005. Finalmente, mediante Resolución N° 045-2009/CLC-INDECOPI de fecha 25 de junio de 2009, la Comisión de Libre Competencia aceptó el desistimiento de la denuncia presentado por Ambev y dio por concluido el procedimiento.

Asociación denunciante, por el cual todos sus miembros recibían por turnos una cantidad determinada de menudencias durante la semana, evitando que nuevos competidores adquirieran menudencias en dicho camal. Sobre la base de un oficio del INDECOPI, el regidor denunciado -que estaba a cargo de la administración del camal- modificó este sistema rotativo por uno de libre distribución, mediante el cual los ganaderos pudieron vender menudencia libremente a quienes quisieran y como quisieran. La Asociación denunciante cuestionó este cambio de sistema (de “rotativo” a “libre”) aduciendo que la dotación diaria de ganado vacuno ni siquiera producía suficiente para abastecer a los menudencieros ya existentes, sugiriendo que el ingreso de menudencieros independientes o de otras asociaciones podría generar una *sobredemanda*.

No obstante, si realmente hubiese habido una *sobredemanda* de menudencia (a nivel de menudencieros) en Huaral, entonces comprar menudencia de otras ciudades cuya demanda sea comparativamente menor hubiese sido una oportunidad de ganancia para los menudencieros perspicaces. Si, por otro lado, la demanda por menudencia en Huaral no hubiese sido lo suficientemente intensa como para adquirir y traer menudencia de otras ciudades, entonces la limitada cantidad de menudencia disponible en Huaral hubiese tendido a subir de precio *no por falta de competencia, sino como consecuencia lógica de su escasez*. En ambos casos, la eventual *sobredemanda* no habría tenido por qué ser una distorsión o restricción de la competencia. El problema real para los menudencieros de la Asociación denunciante consistió en que una vez instaurado el nuevo sistema de distribución libre tuvieron que competir sin ninguna ventaja con otros menudencieros independientes.

Sin perjuicio de lo dicho, de modo destacable, el INDECOPI advirtió que “*si bien es cierto la oferta de menudencia existente en el mercado de Huaral es suficiente para satisfacer el consumo al por menor, se ha verificado la existencia de problemas en la venta al por mayor, dado que la demanda de los menudencieros no siempre es directamente proporcional a la demanda real del público consumidor, creándose una demanda ficticia dirigida a satisfacer intereses particulares de los menudencieros asociados*”. En otras palabras, la

agencia sostuvo que había encontrado desequilibrios entre la demanda de los menudencieros y la demanda final de los consumidores, lo que indicaba que existían ajustes pendientes por descubrirse: por ejemplo, algunas pérdidas empresariales pudieron haber puesto de manifiesto el error de esta excesiva demanda “ficticia”, pérdidas que hubiesen obligado a los menudencieros a sincerar su demanda. Asimismo, más adelante, la agencia de competencia añadió que tales desequilibrios y errores empresariales representaron un detrimento en el poder de negociación de los propios menudencieros, sin que ello indicara un problema en el proceso competitivo: *“...es la actitud de la Asociación de Menudencieros la que, al crear una demanda excesiva e irreal, simula una oferta deficitaria y genera un poder apreciable en los proveedores para influenciar en el mercado, por lo que los actos que dañan a la Asociación de Menudencieros vienen a ser consecuencia de su propia conducta”*.

Esto es, que en este caso, existieron ciertas ideas que sí se condecían con una noción de competencia como proceso de ensayo y error.

2.4. Reconocimiento del Estado como principal distorsionador de la competencia.

En otros casos, a pesar de la perspectiva estática y eficientista, la agencia de competencia ha podido percibir que uno de los principales distorsionantes de la competencia es el propio Estado, mediante la imposición coactiva de monopolios, privilegios o barreras de acceso legales. Comentando la experiencia peruana en cuanto a las *negativas de trato*, Alejandro FALLA pone en evidencia este problema: *“Cabe hacer notar que son pocos los procesos en los que se han declarado fundadas las denuncias por negativas de trato. El hecho anecdótico es que dentro de este pequeño grupo existen por lo menos tres casos en los cuales el Estado ha estado directa o indirectamente involucrado. Son casos que involucraron a tres de sus empresas: ENACO, el Diario Oficial El Peruano, Electrocentro. Este hecho abona a la hipótesis de que probablemente el Estado es uno de los generadores de mayores distorsiones a la competencia en economías como la nuestra. Nótese que en dos de los tres casos estamos hablando de monopolios de origen legal: uno vinculado a la*

*publicación de normas legales y avisos de curso legal y el otro vinculado a la comercialización de hoja de coca*²³⁶.

Es legítimo preguntarse cuál sería la diferencia entre un monopolista de libre mercado y un monopolista cuya posición de ventaja es de origen legal. ¿Acaso ambos no pueden abusar, elevar precios, restringir producción, etc.? El monopolista de libre mercado –si fuera posible identificarlo fehacientemente- es aquél surgido espontáneamente por ofrecer a los consumidores mejores productos y condiciones que las alternativas. Las aparentes posiciones dominantes o “independientes” en un mercado libre son siempre temporales si no fueran satisfactorias y, más importante, directo resultado de las elecciones (y demandas) voluntarias de los consumidores. Están constantemente siendo desafiadas por los potenciales competidores que perciban alguna oportunidad de arbitraje intratemporal o intertemporal entre los precios de los factores y los precios de bienes finales. La razón de que un monopolista –o empresa dominante- no enfrente competidores efectivos en un momento determinado radica en que la estructura actual de precios de los factores de producción no hace rentable el ofrecimiento de *mejores* productos y condiciones; o, dicho de otro modo, hace que dicho monopolista sea la mejor alternativa disponible, gracias a que pudo construir antes que otros ventajas competitivas. Esta exclusión no distorsiona la competencia porque la estructura de precios de los factores de producción está dirigida en última instancia la demanda de los consumidores, anticipada por los empresarios perspicaces²³⁷ y, eventualmente, puede cambiar si aquéllos modificaran sus preferencias, convirtiendo así en rentable un negocio que antes no lo era y viceversa.

²³⁶ FALLA JARA, Alejandro. *Facilidades esenciales...* Op. Cit. Pág. 72.

²³⁷ Decimos que la estructura de precios de los factores de producción está dirigida en última instancia por la demanda anticipada de los consumidores debido a lo siguiente: Las empresas que compiten por factores de producción valoran y demandan estos factores en función a su propia estimación de la demanda futura de bienes finales por parte de los consumidores. Por ejemplo, si un constructor estima que la demanda por nuevas casas se incrementará, con lo cual prevé que podrá cobrar mayores precios a los consumidores, entonces estará dispuesto a pagar más por materiales de construcción. Esta mayor demanda por materiales de construcción se explica porque el constructor estima anticipadamente que los consumidores querrán más casas nuevas. Así, los precios de factores de producción que se van formando a través del proceso competitivo, responden siempre a las expectativas que los empresarios tienen de la demanda de bienes finales por parte de los consumidores. Por supuesto, pueden equivocarse, pero el proceso de ensayo y error permite crear una tendencia de que los precios de los factores de producción reflejen efectivamente los deseos de los consumidores.

Contrariamente, en el caso del monopolio legal, no son las preferencias de los consumidores ni la perspicacia de los empresarios lo que hace inviable o no-rentable la generación de nueva oferta, sino una orden coactiva estatal que inmoviliza la utilización de ciertos recursos para determinadas áreas del comercio; o bien una serie de privilegios legales que crean ventajas competitivas artificiales a favor de un grupo de empresas, en desmedro de cualquier otro competidor.

2.4.1. Caso ENACO.

Así por ejemplo, mediante Resolución N° 015-94-INDECOPI/CLC del 27 de julio de 1994, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ordenó que la Empresa Nacional de Comercialización de la Coca S.A. (ENACO), organismo estatal encargado de adquirir y tomar posesión de la totalidad de la cosecha de hojas de coca, satisfaga las órdenes de compra de la empresa Comercial Holguín e Hijos S.A. para la fabricación de bolsitas filtrantes, sin perjuicio de sus facultades de fiscalización. La denuncia había sido interpuesta por esta última empresa debido a que ENACO, en su calidad de monopolista legal, pretendía acaparar la industria derivada de la hoja de coca (como la elaboración de bolsitas filtrantes), excluyendo a potenciales competidores (como la empresa denunciante). Evidentemente, en este caso, ni la posición de ENACO, ni sus conductas o su desempeño estaban relacionados con las preferencias de los consumidores, sino con el mandato coactivo de la ley.

2.4.2. Caso EDITORA PERÚ.

En el caso de Clarke, Modet & Co. Perú S.A.C. en contra de Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. (Editora Perú)²³⁸, el INDECOPI conoció un procedimiento sobre abuso de posición de dominio consistente en que el Diario Oficial El Peruano, editado por Editora Perú, único encargado de la publicación oficial de los avisos correspondientes a las solicitudes de registro de marcas y

²³⁸ Expediente N° 021-1995-CLC

patentes a nivel nacional²³⁹, había impuesto formatos de publicación más onerosos que los presentados por el denunciante. Sin perjuicio de la decisión final del Tribunal, la situación privilegiada de Editora Perú le permitía un ámbito de actuación que no estaba expuesto al proceso competitivo y, por ende, tendiente al abuso de los consumidores.

Debemos recalcar que, en ambos casos, lo que distorsionaba el proceso competitivo no era la negativa de trato propiamente dicha o la imposición de formatos más onerosos, pues incluso en un mercado abierto es posible que: (i) una sola empresa se consolide como la mayor compradora de hojas de coca con fines industriales y, en consecuencia, se niegue a revender parte de sus insumos a empresas competidoras; o que (ii) un competidor se erija como el diario más importante y de mayor penetración para la publicación de avisos de toda índole y legítimamente ejerza su discreción al momento de determinar qué publica y qué no. *El problema real era el monopolio y privilegio legales, que impiden que sean los competidores y los consumidores quienes interactuando libremente generen las conductas o la estructura de mercado eficientes para un lugar y tiempo determinados*²⁴⁰.

²³⁹ Las separatas de *Normas Legales, Jurisprudencia y Boletín Oficial* son servicios brindados por Editora Perú. Sólo dichas separatas brindan *oficialidad* a las normas y avisos publicados, incluidos aquéllas solicitudes de marcas y patentes. Ninguna empresa privada que brinde dichos servicios, a excepción de los avisos judiciales que por Ley se publican en Diarios de circulación regional.

²⁴⁰ No es fácil reconocer cuándo estamos ante conductas competitivas y cuándo estamos ante el aprovechamiento abusivo de monopolios legales. Las conductas aparentemente anticompetitivas de quienes ostentan ciertos privilegios legales también pueden tener razonabilidad económica, sin embargo, la no exposición al proceso abierto de competencia nos impide conocer si dichas prácticas perdurarán en el mercado o si serán espontáneamente desafiadas.

En el caso de **Servicios Técnicos Marítimos S.A. (SERTEMAR) contra Empresa Nacional de Puertos (ENAPU)**, la denunciante alegó que ENAPU imponía a los armadores la obligación de contratar a sus remolcadores como requisito indispensable para poder contar con los servicios del Terminal Marítimo del Callao y así poder atracar, así como que dicha conducta constituiría un abuso de posición de dominio en la modalidad de imposición de prestaciones suplementarias. ENAPU nunca negó que su conducta sea impedir que terceros presten el servicio de remolcaje de buques desde la Rada Exterior del Terminal Marítimo del Callao hasta los distintos muelles integrantes del mismo. Mediante Resolución 014-93-INDECOPI/CLC del 30 de diciembre de 1993, la Comisión Multisectorial de Libre Competencia declaró FUNDADA la denuncia disponiendo que ENAPU permita que las naves que van a atracar en los muelles que administra en el Terminal Marítimo del Callao puedan contratar los servicios de remolcaje con la empresa que libremente elijan.

Decíamos que es difícil decidir si esta conducta era eficiente o no, pues ENAPU podría tener la intención económicamente razonable de brindar un servicio integrado, o de limitar el acceso indiscriminado de remolcadores a los muelles. De hecho, dado que siempre se requiere un criterio de ponderación subjetivo y especulativo, consideramos que es imposible decidir objetivamente si la conducta de ENAPU era competitiva o no. Sin embargo, sí es posible señalar que la imposición de monopolios legales protegidos estatalmente en negocios considerados como “monopolios naturales”, sí genera una serie de distorsiones en la competencia que pueden originar aprovechamientos de los privilegios legales y situaciones de empoderamiento que no se fundan en las preferencias de los consumidores.

Iguales dudas pueden plantearse sobre el caso de la **Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios ASPEC v. Corporación Peruana de Aeropuertos y de Aviación Comercial S.A. (CORPAC) y Los Portales S.A.**; denuncia interpuesta por imposición de cláusulas de atadura y por condicionar el ingreso al aeropuerto a la contratación del parqueo. INDECOPI resolvió el caso mediante Resolución N° 057-95-INDECOPI/CLC del 29 de diciembre de 1995, declarando FUNDADAS ambas imputaciones. Pero, como siempre, aquí nos interesa la motivación.

INDECOPI declaró que la práctica usual en el caso de los estacionamientos es cobrar por hora o fracción, de modo que el cobro por parqueo calculado cada dos horas, como lo hacía Los Portales, implicaba atar la segunda hora adicional al pago de la primera hora: “*Si bien la modalidad de una hora o fracción no está pactada [en el contrato de concesión] el exigir dos horas condiciona el uso de la playa de estacionamiento al pago de una hora adicional, la misma que encarece el servicio y limita la capacidad de los agentes económicos de pagar por un servicio que realmente consumen, configurándose una cláusula de atadura*”. Asimismo, también indicó que: “*con la modalidad de cobranza por dos horas y la limitación al ingreso vehicular al Aeropuerto condicionada al uso de la playa de estacionamiento se ha estado causando un perjuicio al usuario de la playa de estacionamiento y con ello un perjuicio al mercado...*”

El problema con este tipo de razonamiento es que la agencia de competencia se sustituye arbitrariamente en la configuración del producto o servicio que ofrece el empresario, sin tener ningún incentivo para balancear adecuadamente las ganancias a obtener y el mantenimiento del negocio en el largo plazo. No está sometida al mecanismo de pérdidas y ganancias ni tiene interés alguno en innovar, y por eso en este caso sólo tomó como referencia la costumbre (de cobrar hora o fracción) -es decir, “lo que hay”, el status quo- para definir si la práctica era anticompetitiva o no. *Bajo sus propios criterios de atadura, la costumbre de cobrar por hora o fracción también sería una atadura, ya que cada vez que el usuario utiliza el parqueo por media hora, las empresas cobran también la segunda media hora.* Y así sucesivamente podríamos cuestionar cualquier configuración del paquete elegido por el empresario. INDECOPI dijo que cobrar por horas está bien, mientras que cobrar por dos horas está mal. ¿Por qué? Porque sí. (¿Cómo sabe el INDECOPI si los usuarios del aeropuerto acostumbran en su mayoría a quedarse más de una hora, de tal manera que el paquete de dos horas es más barato que cobrar 1 hora más 1 hora?) Los empresarios también toman decisiones discrecionales, pero a diferencia de la agencia de competencia, enfrentan las consecuencias -benéficas o perjudiciales- de ellas. Y lo más importante es que la configuración de los productos o servicios nunca está dada ni es estanca. Siempre son posibles de modificaciones según las circunstancias.

Ahora bien, tampoco podemos decir que la conducta de Los Portales era competitiva o no, o si provenía de una explotación legítima de sus ventajas construidas, pues dicha empresa simplemente aprovechó una situación privilegiada proveniente en última instancia del monopolio legal concedido a los administradores del aeropuerto. No es materia de este trabajo analizar a profundidad las distorsiones de la competencia provenientes del Estado, sin embargo debemos afirmar que las distorsiones a la competencia pueden ser directas e indirectas. Este último tipo de distorsión se caracteriza por extender las consecuencias no intencionadas de la regulación hacia mercados distintos de los regulados directamente, creando cuotas de ventaja que no se basan en las preferencias de los consumidores.

2.4.3. Distribuidora Cervecera Santa Ana v. Alcalde de San Antonio.

Este rechazo a los monopolios legales fue aplicado en el caso de la Distribuidora Cervecera Santa Ana S.A. contra el Alcalde del Concejo Distrital de San Antonio, en el cual se denunció la concertación de condiciones de comercialización de cervezas y gaseosas en el balneario de León Dormido, impidiendo la venta de productos distintos a la cerveza Cristal y a la gaseosa Inca Kola. La aparente justificación de este monopolio legal consistía en que el señor Juan Chumpitaz, distribuidor de Cerveza Cristal en Mala, se había comprometido a ejecutar obras en dicha comuna a cambio de un derecho exclusivo para vender cerveza en la playa León Dormido. Mediante Resolución N° 018-94/INDECOPI-CLC del 15 de agosto de 1994, la Comisión de Libre Competencia declaró FUNDADA la denuncia indicando que el hecho de haber realizado obras a favor del distrito no le facultaba al municipio –en cuanto representante del Estado- a otorgar exclusividades de ningún tipo.

2.4.4. AFP INTEGRAL v. Colegio de Abogados de Loreto

En otras ocasiones, en vez de atacar el *origen legal* del monopolio, la agencia de competencia se ha visto limitada –por la propia ley- a hacer un “control de daños”; es decir, a solucionar los problemas derivados de las distorsiones legales. Sobre el particular, cabe mencionar el caso de AFP INTEGRAL contra el Colegio de Abogados de Loreto (Expediente N° 008-97-CLC). Esta denuncia se sustentó en que los abogados inscritos en dicho colegio profesional, a efectos de ejercer sus actividades de defensa legal, estaban obligados a adquirir en dicha entidad una “Papeleta de Habilitación” y, sin embargo, lo recaudado servía para financiar el Fondo Mutual del Abogado, que brindaba servicios de asistencia médica, seguros de vida y sepelio. Consecuentemente, al adquirir esta papeleta, los abogados estaban pagando por todos estos servicios sin haberlos solicitado.

Mediante Resolución N° 0237-1999/TDC-INDECOPI de fecha 07 de julio de 1999, INDECOPI declaró FUNDADA la denuncia interpuesta por AFP

INTEGRA, indicando que el Colegio de Abogados de Loreto abusó de su posición -privilegiada y de origen legal- mediante cláusulas de atadura, encareciendo así los servicios legales²⁴¹.

Así como en el caso de ENACO o de Editora Perú, aquí el problema fundamental consiste en la creación de privilegios legales y ventajas no fundadas en el proceso competitivo a favor de los colegios profesionales. Si los colegios profesionales fueran asociaciones gremiales voluntarias, entonces sería razonable que cada miembro se someta a las reglas establecidas en el estatuto correspondiente y a los acuerdos que por mayoría pudieran adoptar los asociados mediante sus órganos de gobierno. Dentro de esta línea, es posible que se obligue a los asociados a pagar ciertos servicios que el Colegio brindaría en asociación con otras empresas, tales como seguros, servicios de salud (digamos, “la clínica del abogado”), servicios recreacionales, etc.

El problema de la distorsión radica en que los colegios profesionales no son asociaciones voluntarias sino gremios que han obtenido privilegios legales por parte del Estado, lo que les permiten imponer una serie de condiciones que los agremiados tendrían que aceptar si quieren seguir ejerciendo su profesión. Esto es así porque el propio Estado obliga a los profesionales a agremiarse en alguno de los colegios profesionales del país para poder trabajar legalmente. Así pues, el Decreto Ley 25873 del 24 de noviembre de 1992 prescribía: “*A partir de la vigencia del presente Decreto Ley, el libre ejercicio de las profesiones universitarias liberales en todo el territorio nacional exigirá sólo la inscripción en uno de los Colegios Departamentales de la Profesión correspondiente; en consecuencia bastará la presentación de la acreditación que otorgue el respectivo Colegio Departamental*”. Es decir, que el Estado le otorgaba a los colegios profesionales del país un “oligopolio legal”, garantizando que cualquier profesional deba inscribirse en alguno de ellos sin posibilidad real de que aquéllos profesionales disconformes puedan agremiarse por su cuenta, crear su propio colegio profesional y someterse a reglas

²⁴¹ Interpuesta la denuncia, el Colegio modificó su reglamento para convertir el Fondo en una cuestión de aportes voluntarios, pero ello no impidió que la autoridad administrativa sancione conductas que sí llegaron a cometerse.

distintas. Sin duda, esta protección estatal generaba un escenario más que atractivo para la implementación de *abusos legales*.

En el caso de los abogados, la situación era aún más restrictiva, pues la Ley Orgánica del Poder Judicial -modificada en el año 1998- exigía que para ejercer el patrocinio legal en cualquier proceso judicial el abogado debía estar inscrito en el Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente. En otras palabras, al momento de la denuncia en comentario, los abogados que querían trabajar legítimamente en Loreto tenían que inscribirse necesariamente en el Colegio de Abogados de Loreto y aceptar las condiciones que éste determinara:

“Artículo 285.- Patrocinio. Requisitos.

Para patrocinar se requiere:

[...]

4. Estar inscrito en el Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente y, si no lo hubiere, en el Distrito Judicial más cercano”

Por ende, el problema no eran las cláusulas de atadura dictadas por el colegio profesional denunciado, pues muchas veces el empaquetamiento de diversos servicios no relacionados generan eficiencias especialmente en las asociaciones gremiales, sino que la verdadera distorsión de la competencia eran los privilegios legales otorgados al Colegio de Abogados de Loreto, los mismos que no están relacionados con las preferencias y votos de sus agremiados y, paradójicamente, dejan en cuasi-indefensión a los abogados.

2.4.5. Caso Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte.

Podemos inferir, entonces, que son los monopolios u oligopolios legales los que obstruyen el proceso competitivo y crean distorsiones que luego se pretenden remediar con normas de libre competencia, las cuales sólo apuntan a corregir conductas sobre la base de una noción imprecisa e inadecuada de competencia, sin solucionar el problema de fondo. Esta pretensión de remediar las distorsiones de los privilegios legales queda ilustrada con el precedente de observancia obligatoria emitido mediante Resolución N° 229-97-TDC del 12 de

septiembre de 1997, con ocasión de la denuncia interpuesta por Carlos León Madalengoitia v. Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte, Colegio Químico Farmacéutico del Perú y otra (Expediente N° 0016-96-CLC):

“Siendo que los Colegios Profesionales realizan actividades económicas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 701, se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicha ley. En tal sentido, serán pasibles de sanción en la medida que sus decisiones, recomendaciones y cualesquiera de sus actividades produzcan o puedan producir limitaciones, restricciones o distorsiones a la libre competencia, en los términos establecidos en la ley mencionada”

Si bien el precedente se refiere específicamente a los acuerdos de precios (prácticas restrictivas), también deja claro que a los colegios profesionales le son aplicables todas las normas de libre competencia, incluidas aquéllas conductas de abuso de posición de dominio.

2.4.6. Controversia de Roaming I.

A los casos mencionados pueden agregarse muchos más, pero aquí nos interesa resaltar dos últimas decisiones especialmente llamativas: la controversia sobre el *Roaming Automático Nacional* (RAN), disputada entre Tele2000 y Telefónica Móviles S.A., resuelta por el OSIPTEL y, el ya aludido caso de la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y Javier Diez Canseco contra diversas AFPs y la Asociación de AFPs, resuelto en segunda instancia por el INDECOPI mediante Resolución N°0225-2004/TDC-INDECOPI.

El primer caso fue resuelto en primera instancia mediante Resolución N° 019-97-CCOIII emitida por el Cuerpo Colegiado Ordinario del OSIPTEL. Especialmente importante es la Resolución de segunda instancia N° 073-97-PD/OSIPTEL del 13 de noviembre de 1997, que confirmó parcialmente la decisión del CCO, pues si bien ordenó a Telefónica del Perú que diera acceso al RAN a los usuarios de Tele2000, también declaró explícitamente que Telefónica del Perú no había cometido ninguna infracción sancionable.

El roaming es una facilidad o servicio suplementario de la telefonía móvil celular a través del cual los clientes de una empresa operadora pueden efectuar y recibir llamadas telefónicas temporalmente en el área de concesión de otra empresa operadora. Antes del proceso de privatización, en el Perú existían dos áreas geográficas de concesión y en cada una de ellas sólo podían operar dos empresas, de modo que las bandas estaban asignadas de la siguiente manera:

- Área de Concesión Lima y Callao: Banda A (circuito cerrado), asignada a Difusora Radio Tele S.A. Radio Panamericana; y Banda B, asignada a Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (CPT)
- Área Resto del Perú. La Banda A estaba asignada a favor de ENTEL PERÚ; y la Banda B aún no estaba concedida.

En este escenario, ningún operador podía brindar por sí mismo cobertura nacional. El *roaming* dependía de arreglos contractuales entre estas empresas. Por ejemplo, los usuarios de CPT podían tener servicio telefónico móvil en el resto del Perú sólo en virtud a un acuerdo entre CPT (cuya concesión estaba limitada a Lima y Callao) y ENTEL PERÚ (cuya concesión estaba limitada al área geográfica fuera del Lima y Callao).

Sin embargo, después de la privatización, las concesiones de CPT y ENTEL PERÚ fueron adjudicadas a Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica), empresa resultante de la fusión de ambas, por lo que esta última empresa sí estuvo en condiciones de brindar cobertura nacional por sí misma a sus clientes. Tele2000, concesionaria de la Banda A de Lima-Callao, al momento de la denuncia, no podía brindarle a sus clientes cobertura nacional por sí misma. Para lograrlo, tenía tres alternativas: (i) Celebrar un contrato de *roaming* con Telefónica del Perú S.A.A. a fin de que sus clientes tuvieran acceso a la Banda A del Área Resto del Perú; (ii) superar la barrera legal y obtener la concesión de la Banda B del Área Resto del Perú; o (iii) celebrar un contrato de *roaming* con el concesionario de la Banda B del Área Resto del Perú²⁴².

²⁴² Informe sobre las materias comprendidas en el inciso cuarto de la Resolución No. 001-95-CCOIII -"Controversia de Roaming", de fecha 27 de junio de 1995. Gerencia de Estudios Económicos del OSIPTEL. Pág. 4.

Ante la negativa de Telefónica de contratar con Tele2000 para brindarle el servicio de *roaming*, esta última denunció la conducta ante el OSIPTEL. En segunda instancia, el regulador indicó: “*debemos analizar si la existencia de una posición de dominio de [Telefónica del Perú] en el área fuera de Lima y Callao, en la que tiene el 100% del mercado produce efectos incompatibles con el principio de neutralidad²⁴³ y el derecho de la competencia*”. Bajo esta premisa, el OSIPTEL concluyó que al margen de la intencionalidad de Telefónica, sí existió una situación de afectación del principio de neutralidad pues, dado que aún no se había concedido la Banda B del Área Resto del Perú, Tele2000 estaba imposibilitada de brindar cobertura nacional a sus clientes si no celebraba un contrato de *roaming* con Telefónica.

No obstante, también llegó a la importante conclusión de que la principal causa de la posición de dominio de Telefónica en el área de concesión fuera de Lima y Callao (Resto del Perú) no era atribuible a ella, pues fue el Estado el que tomó la decisión de estructurar y limitar el mercado sólo a dos operadores en el Área Resto del Perú. En otras palabras, al no haber otorgado en concesión la Banda B del Área Resto del Perú, en la práctica existía un monopolio legal a favor de Telefónica. De todos modos, OSIPTEL reconoció también que parte de la ventaja de Telefónica se debió al desarrollo de un programa agresivo de inversiones en las provincias del Perú, realizado por la denunciada, sin el cual no podría existir el *Roaming Automático Nacional* (RAN).

Por tanto, dado que (i) la posición de dominio de Telefónica no era atribuible a esta empresa sino a una política de concesiones proveniente del propio Estado, (ii) que regulatoriamente no existía un deber de brindar *roaming* a los competidores y, (iii) que el desarrollo de la Banda A del Área Resto del Perú se dio gracias a las inversiones de Telefónica, el OSIPTEL decidió no sancionar a

²⁴³ Por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones que es soporte de otros servicios de telecomunicaciones o que tiene posición dominante en el mercado está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio.

Telefónica por su negativa de brindar *roaming* a los clientes de Tele2000. Ello sin perjuicio de que sí le ordenó que a partir de entonces lo hiciera.

Nuevamente, en este caso la agencia de competencia pudo percibir las consecuencias distorsionantes de la imposición de privilegios, monopolios legales y demás tipos de intervención estatal. Ahora bien, no podemos saber si la decisión final fue correcta en el sentido de si pudo “corregir” la distorsión generada por la política de concesiones o no. No sabemos si, por ejemplo, esta decisión desincentivó las inversiones en la Banda A, o si hizo menos atractiva -para los postores- la entonces futura concesión de la Banda B del Área Resto del Perú (ya que siempre era posible colgarse de la infraestructura de Telefónica en dicha Área). Lo que sí podemos afirmar con certeza es que los monopolios u oligopolios legales obstruyen el proceso competitivo y generan distorsiones que posteriormente se intentan remediar mediante actos compulsivos de reasignación de recursos cuya eficiencia es contingente.

2.4.7. Caso AFP's.

En el segundo caso, relativo a la denuncia contra la Asociación de AFPs, el Tribunal del INDECOPI dedicó la mayor parte de su resolución a argumentar y justificar por qué razones –a su entender- la agencia de competencia sí estaba facultada para sancionar prácticas explotativas y precios abusivos, recurriendo para ello a la interpretación en clave constitucional y a las experiencias internacionales²⁴⁴. Sus conclusiones apuntaban a que probablemente sancionaría a las AFPs por las excesivas comisiones -precios- que cobraban a

²⁴⁴ Para probar que las prácticas explotativas se sancionan incluso en el Perú, ROJAS LEO (el entonces Presidente del Tribunal que expidió la resolución bajo comentario) señala que las conductas anticompetitivas tipificadas en la ley no sólo se explican por una extensión *exclusoria* del poder de mercado sino que se puede explicar por un efecto discriminador *explotativo* hacia los consumidores. En el caso de las ventas atadas, por ejemplo, el empresario puede o no tener interés en reducir la competencia excluyendo a sus competidores o a los competidores *upstream* o *downstream*, y sí tener interés en diferenciar a sus compradores a fin de obtener la mayor ventaja posible sin que medien justificaciones objetivas. Así, de acuerdo con la explicación *explotativa*, el objetivo de vincular dos productos es aprovechar situaciones en las cuales la demanda conjunta de los dos bienes es más inelástica que la demanda promedio de ambos, y puede por ende obtenerse un precio medio más alto si los dos bienes se venden en bloque. ROJAS LEO, Juan Francisco. *El abuso de posición de dominio...* Op. Cit. Pág. 103.

los usuarios como contraprestación a la administración de sus cuentas y del Fondo.

Sin embargo, al momento de analizar la denuncia en concreto, el Tribunal decidió que el artículo 4° del entonces vigente Decreto Legislativo N° 701, referido a la definición de posición de dominio en el mercado, *no era aplicable a mercados altamente regulados*, en tanto el control de éstos debía realizarse vía regulación directa y no vía normas de libre competencia:

“[P]ara la procedencia de la denuncia será necesario identificar la posición de dominio en el mercado y que dicha posición de dominio sea consecuencia de las acciones previstas expresamente en el texto de la ley, para, de ser el caso, disponer la actuación de fondo en el proceso, es decir, la identificación de una conducta abusiva por parte de las empresas en posición de dominio. [...]

El mercado de las AFP es un mercado intensamente reglamentado, tal y como puede apreciarse en las disposiciones contenidas en la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

[...]

Atendiendo a lo señalado, esta Sala considera que existe una posición de dominio conjunta de las empresas denunciadas en el mercado de las AFPs que se deriva directamente de las propias disposiciones legales referidas a su constitución, autorización, capital mínimo e impedimentos de participación directa e indirecta, así como del mandato legal que obliga a los trabajadores a contratar dichos servicios.

[...]

[E]l análisis literal del texto contenido en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701 se restringe a aquellas situaciones de posición de dominio derivadas de la propia acción del mercado en competencia y no alcanza a los supuestos en los cuales –como en el caso del mercado de las AFPs- la posición de dominio es el resultado del propio marco legal que norma el mercado en cuestión.

Esta opción del legislador tiene su explicación en el hecho de que un mercado altamente reglamentado es un candidato perfecto a la regulación, debiendo el legislador en su caso, o el organismo regulador,

cuando exista, adoptar las acciones pertinentes para evitar cualquier abuso de dicha posición en la que pudieran incurrir los agentes que participan en dicho mercado”²⁴⁵

Con esta resolución, el Tribunal reconoció que la alta reglamentación legal creaba efectivamente ciertas ventajas a favor de las empresas competidoras ya establecidas, ventajas que no estaban relacionadas con las preferencias de los consumidores ni con el resultado espontáneo de los intercambios voluntarios. Sin embargo, habiendo arribado a tan importante conclusión, en vez de denunciar la excesiva regulación y sus efectos distorsionantes en la libre competencia, el Tribunal procedió a recomendar que sean los organismos reguladores -aquéllos encargados de “emular” la competencia en escenarios donde ésta sea inviable- o bien los legisladores, quienes tomen las acciones pertinentes para controlar el poder de mercado que el mismo Estado había creado.

2.4.8. Controversia de Roaming II.

Finalmente, en algunas oportunidades la agencia de competencia ha podido advertir el carácter dinámico de la competencia, procediendo a analizar los mercados ya no como “situaciones de hecho” o “estados de cosas”, sino como un proceso de rivalidad que se manifiesta a través del tiempo: En el año 2001, BellSouth Perú S.A. (BellSouth) -antes Tele 2000- denunció a Telefónica Móviles S.A.C. por presunto abuso de posición de dominio al negarse a brindar acceso al servicio de *Roaming* a los clientes de BellSouth fuera de Lima y Callao. Los hechos no difieren mucho del primer caso de *Roaming* comentado líneas arriba; sólo debemos agregar que mediante Resolución N° 250-98-MTC/15.03 Tele 2000 obtuvo la concesión de la Banda B para prestar el servicio de telefonía móvil en provincias (Área de Concesión fuera de Lima y Callao, o “Resto del Perú”). La gran diferencia con el primer caso de *Roaming* entre Tele 2000 y Telefónica estriba en que ésta última ya no tenía un monopolio legal en provincias. BellSouth ya estaba en condiciones de prestar el

²⁴⁵ Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI. Págs. 38-41.

servicio de telefonía móvil a nivel nacional, pues tenía la concesión de la Banda A en Lima y Callao, y la concesión de la Banda B en provincias. Todo lo que tenía que hacer era desarrollar infraestructura en provincias para explotar su nueva concesión y ofrecer así a sus clientes de Lima y Callao, directamente, la posibilidad de utilizar su equipo terminal en el Área de Concesión fuera de Lima y Callao (provincias).

BellSouth reconoció que ya no enfrentaba una barrera legal, sin embargo, alegó que existía una barrera económica constituida por la fuerte inversión en ampliar la red, que no se justificaría por el poco tráfico que se generaría. En aras de la eficiencia económica, entonces, BellSouth concluyó que no era coherente que otra empresa invierta en infraestructura adicional a la de Telefónica Móviles, y al contrario, que Telefónica debía compartir su infraestructura, brindando el servicio de RAN a los clientes de BellSouth.

Al hacer el análisis de la posición de dominio de Telefónica Móviles, el OSIPTEL dejó de lado el tradicional análisis estático del mercado, por el cual un cierto porcentaje de ventas logradas en un momento determinado le darían a la empresa analizada una suerte de independencia en su actuar y control del mercado. Al contrario, OSIPTEL indicó que el análisis de la posición de dominio debe realizarse a lo largo del tiempo y no como conjunto de hechos aislados: *“En un caso como éste, donde el mercado es dinámico, la posición dominante debe analizarse a lo largo del tiempo, pudiéndose concluir que ninguna de las dos empresas [Telefónica Móviles ni BellSouth] tiene posición de dominio”*. Si bien Telefónica cubría el mayor número de departamentos y sus localidades - estado de cosas-, esta situación ha ido cambiando conforme nuevos operadores han entrado a competir y han desarrollado propia infraestructura, pudiendo alcanzar a las principales localidades –perspectiva de la competencia como proceso-. Es decir, a lo largo del tiempo, el número de localidades donde sólo Telefónica Móviles tiene infraestructura propia ha descendido considerablemente. Concluye OSIPTEL: *“Como se dijo anteriormente, lo relevante en el presente caso es la evolución de dichos indicadores a lo largo del tiempo y no sus valores estáticos”*.

En cuanto al argumento de BellSouth de que sus inversiones no se justificarían por la poca cantidad de clientes a los que se atendería con dicha inversión, el OSIPTEL señaló que tal infraestructura no constituía un bien de capital *específico*; es decir, que podía desarrollarse para brindar otros servicios adicionales, lo que reduciría sus costos hundidos así como el nivel de barreras de entrada al mercado relevante. Al adoptar esta posición, OSIPTEL tuvo en mente la noción de competencia como fenómeno dinámico, en el cual el análisis de las condiciones de competencia jamás podría efectuarse sobre la base de situaciones de hecho aisladas. Vale precisar, sin embargo, que la naturaleza de la competencia *siempre* es dinámica en todos los casos y, por ende, el análisis dinámico no puede reducirse sólo a los “mercados dinámicos”, como adujo el OSIPTEL.

2.5. ¿Existen criterios confiables para determinar conductas anticompetitivas?

Si no hay criterios claros que describan el funcionamiento real del proceso competitivo ni las conductas competitivas, entonces menos aún puede hablarse con propiedad de “conductas anticompetitivas”. En este contexto, el abuso de la posición de dominio y la cartelización se reducen a ser definidos por imprecisos adjetivos tales como “conductas indebidas”, “ilegítimos”, “ilegales”, “que atentan contra la libre competencia”, etc., generándose así una tendencia a ser establecidos discrecionalmente por la agencia de competencia.

Veamos la siguiente cita: “*También es claro que el empresario que ostenta una posición de dominio en el mercado puede explotar dicha posición de dominio y obtener legítimamente ventajas de ella, siempre y cuando no lo haga de forma indebida ni con el objeto o efecto de perjudicar a sus competidores ni a los consumidores*”²⁴⁶.

²⁴⁶ Ver: NODA YAMADA, Carlos Ramón. *La represión del abuso de posición de dominio en el mercado en el Derecho Peruano*. Op. Cit.

¿Qué significa “de forma indebida”? No puede significar “perjudicial para el consumidor”. En principio, desde un punto de vista praxeológico, no es posible que un consumidor se vea perjudicado por una transacción voluntaria porque al celebrarla *demuestra* que consumir el producto ofrecido en las condiciones ofrecidas le genera una satisfacción mayor *a cualquier otra alternativa*, por más que un tercero observador ajeno al intercambio sostenga lo contrario. *Dado que el consumidor tiene la última decisión de consumo, no puede sino actuar de manera beneficiosa para él.* Vale la pena subrayar que esta posición no afirma la perfección del mercado ni del producto ofrecido, sino únicamente que, bajo las circunstancias tecnológicas, productivas, así como la estructura productiva y de precios vigente, las decisiones de compra demuestran preferencias positivas concretas: que lo ofrecido y adquirido es mejor que los tratos alternativos ofrecidos por competidores directos o indirectos.

¿Qué es, pues, “lo indebido”? BULLARD indica que no le preocupa tanto el monopolio, sino el carácter “indebido” del medio por el que se alcanza o se defiende²⁴⁷. No le preocupan las barreras a la entrada ni la concentración, salvo que existan prácticas privadas “ilegítimas” dirigidas a frenar dicha entrada en contra de la Ley²⁴⁸. Para clarificar, el mismo autor dice que el “actuar de manera indebida” debe entenderse referido a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir, derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización. Sin embargo, *esta caracterización es tan vaga e imprecisa que él mismo reconoce que existen dificultades sustanciales en diferenciar los abusos y la competencia agresiva*²⁴⁹. La pregunta subsistente sería: ¿cómo diferenciar el mero daño concurrencial del daño “ilegítimo”? BULLARD insiste en que “lo indebido” no es aprovechar las eficiencias derivadas de las economías de escala, sino que el tamaño puede brindarles “ventajas ilícitas” que no hubieran podido obtener de no ser precisamente por dicho tamaño. Pero al parecer, únicamente ha intercambiado la frase “conducta indebida” por “prácticas ilegítimas” y, luego, por “obtención

²⁴⁷ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Derecho y Economía. Op. Cit.* Pág. 675.

²⁴⁸ *Ibídem.* Pág. 678.

²⁴⁹ *Ibídem.* Pág. 711.

de ventajas ilícitas”. Visiblemente, es un razonamiento que no clarifica criterios, sino que redundante en ellos. Más adelante, termina por adoptar el estándar de “competencia normal”, previsto por el Tribunal de la Comunidad Europea, como criterio fundamental para definir cuándo una conducta es “ilícita”²⁵⁰.

Cambiando de perspectiva, el autor sostiene que una herramienta útil para entender la figura del abuso de posición de dominio en el mercado es una figura típica del Derecho Común: el abuso de derecho; esto es, el ejercicio de un derecho que acarrea efectos disfuncionales o antisociales en relación a los fines por los cuales se reconoció dicho derecho al titular. Haciendo la analogía, dice: *“Así, el derecho a competir se otorga a las empresas para que dicha competencia genere beneficios para el mercado y, en particular para los consumidores [...]. Pero cuando dichos fines son desnaturalizados por la propia actuación de los agentes económicos, el Estado se reserva el derecho a intervenir para corregir la distorsión”*²⁵¹.

Al respecto, en primer lugar debemos decir que el derecho a competir significa que toda persona puede percibir oportunidades de ganancia, producir y satisfacer las necesidades de otras personas, obteniendo un rédito por ello. Nuestra tesis ha sido que sin violencia o agresión física ninguna persona puede obtener réditos sin satisfacer a sus contrapartes, por tanto, no es posible que el ejercicio de ese derecho a competir pueda desnaturalizar tales fines o efectos. *A ello debe agregarse que todo análisis de las conductas competitivas debe tomar en cuenta la naturaleza incierta y dinámica que caracterizan todo mercado abierto, caso contrario podríamos estar sancionando como “abusivas” o “antisociales” conductas que sólo buscan obtener algo de certidumbre y estabilidad en un contexto donde naturalmente no las hay.* Y nótese, además, que estas afirmaciones no discuten cómo deberían llevarse a cabo los

²⁵⁰ La cita es del famoso caso Hoffman v. La Roche: *“El concepto de abuso es un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes y servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el incremento de tal competencia”*. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Op. Cit.* Pág. 711.

²⁵¹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Op. Cit.* Pág. 715.

intercambios o la competencia, sino únicamente describiendo *cómo efectivamente son*.

En segundo lugar, confiamos en que la competencia tendrá mejores resultados que la planificación centralizada porque contiene un mecanismo de transmisión de información acerca de las preferencias y valoraciones reales concretas de los individuos que no poseen los entes centralizados. *Si este mecanismo de transmisión de información no puede ser distorsionado sin coacción (porque dicha información sólo se genera en la interacción social voluntaria), se concluye que nadie puede distorsionar precios a través de acuerdos voluntarios*. Al contrario, la idea de que los precios sí pueden ser distorsionados sin coacción o privilegios legales se asienta en la errada noción de que existiría cierto nivel de precios “correctos” u “óptimos” que *deben* ser preservados. Lo mismo puede decirse del análisis de estructuras o de las integraciones: pensar que éstas pueden estar distorsionadas sin coacción o privilegios legales se fundamenta en la noción de que existen estructuras, concentraciones, contratos de integración, etc. “correctos” u “óptimos”, que *deben* ser preservados.

En tercer lugar, la asimilación de la idea del abuso del derecho a las conductas anticompetitivas no logra superar la imposibilidad de detectar fehacientemente cuáles efectos antisociales o disfuncionales reales y concretos nos informan que estamos ante una conducta abusiva. Podemos hablar de “explotación”, de “concentración”, de “exclusión”, de “daño no concurrencial” etc. como efectos antisociales que nos darían luces sobre la existencia de la conducta abusiva; sin embargo, todos estos conceptos también pueden ser expresiones negativas de conductas competitivas legítimas.

NODA persiste en este punto, indicando que las conductas anticompetitivas representan distorsiones de la economía de mercado y negaciones de las leyes de la oferta y la demanda²⁵². La desnaturalización de la competencia -sostiene- consiste en el reemplazo de estas leyes por una voluntad unilateral y arbitraria

²⁵² NODA YAMADA, Carlos Ramón. *La represión del abuso de posición de dominio en el mercado en el Derecho Peruano*. Op. Cit. Pág. 87.

de quien ostenta la posición de dominio. Pero, tal como ya hemos señalado antes, la idea de una “actuación independiente” en el mercado ignora el proceso por el cual las empresas “que actúan independientemente” logran efectivamente los objetivos que se han prefijado, concentrándose únicamente en el resultado aparente (el logro de los objetivos prefijados).

Expuesto de otro modo, las ganancias no pueden obtenerse a expensas del daño de la contraparte. Así como los médicos no ganan a expensas de la enfermedad de sus pacientes, ni los productores de alimentos ganan a expensas del hambre de otros; en general, nadie gana a expensas de las desgraciadas circunstancias de otros. *Si bien es cierto que las necesidades dan origen a oportunidades de beneficios, la fuente de estos beneficios para el empresario radica en su habilidad para aliviar tales necesidades. De ello se sigue que el fenómeno del intercambio siempre es mutual y, por ello, por más poderosa que parezca una empresa, su capacidad de proponer condiciones y precios está en función de su capacidad de satisfacer los deseos subjetivos de sus consumidores. La actuación independiente en el mercado es, por tanto, una idea falaz.*

Por su parte, ROJAS LEO apela a los criterios de la doctrina francesa para caracterizar las conductas anticompetitivas: *“La doctrina francesa señala que una conducta es considerada abusiva (i) cuando busca eliminar a un competidor o a la competencia en general; o (ii) cuando confiere una ventaja anormal que el juego normal de la competencia no permitiría adquirir”*²⁵³

La primera pregunta sería: ¿es posible eliminar a un competidor o a la competencia en general? Vale la pena insistir en que la competencia como proceso social no puede ser eliminada, salvo que los consumidores dejen de decidir qué consumir y qué no consumir, los empresarios dejen de percibir oportunidades de ganancia, dejen de especular, contratar y producir, existan barreras legales de entrada al mercado o privilegios a favor de algunos. Siendo un proceso que depende de millones de personas, eliminarlo necesariamente

²⁵³ ROJAS LEO, Juan Francisco. *El abuso de posición de dominio... Op. Cit.* Pág. 98.

implica tener un poder de suprimir toda especulación, toda producción y todo consumo. Y la manera para limitar o eliminar es la fuerza.

Si no es posible eliminar la competencia, entendida como un proceso dinámico por el cual los empresarios buscan deliberadamente crearse ventajas económicas frente a otros a fin de atraer mejor a los consumidores, entonces el “tipo objetivo” de las conductas abusivas se torna imposible.

En segundo lugar, hablar de “ventaja anormal” requiere asumir la categoría de “ventaja normal”, o al menos, tener una noción más o menos clara de ella. Según la interpretación de ROJAS, la ventaja anormal es sinónimo de práctica explotativa y consiste en que el empresario toma para sí una porción distinta del excedente social a la que obtendría bajo condiciones de competencia perfecta. Pero, nuevamente, la remisión a dicho modelo es inválida porque: (i) describe un estado de cosas que irrelevante e incluso indeseable para el análisis del proceso social (ver primera parte del presente trabajo) y, (ii) es imposible determinar cuál sería la porción del excedente considerada como “ventaja normal”, pues dada una transacción, sólo sabemos de *preferencias demostradas*, no de *magnitudes ganadas*.

Esta acepción de “anormalidad” como elemento de la ilicitud o del carácter abusivo de una conducta deja de lado el hecho de que *precisamente son las conductas más innovadoras y agresivas las que benefician más a los consumidores y permiten a la vez obtener ganancias “extraordinarias”*. Siendo ello así, ni el precio ni el margen de ganancia no son indicadores confiables de alguna anormalidad en el proceso competitivo. *La conducta de la empresa es competitiva por cuanto creó una oferta de bienes que simplemente antes no existía y que ningún otro empresario puede ofrecer hoy.*

En el mismo sentido, los criterios de “anormalidad” de la competencia basados en el precio o en las ganancias (excedentes) resultan incompatibles con la dinámica de la producción y el consumo. Los empresarios no venden bienes porque los hayan producido, sino que producen bienes porque esperan venderlos en el futuro, de acuerdo con ciertas expectativas generadas sobre la

base de la data que interpretan en el presente. *Una vez creadas las oportunidades de ganancia en sus mentes, proceden a producir aquéllo que consideran será demandado con suficiente intensidad en el futuro, para venderlo entonces a un “precio esperado”. Nadie -ni los empresarios, ni los consumidores, ni la agencia de competencia- considera si ese precio esperado es un precio de equilibrio, o si coincide con el costo marginal, o si es un precio razonablemente superior al costo marginal; en una palabra, si es un precio “normal”. Simplemente es un precio que se espera obtener y que justifica la inversión durante el período de producción.*

Por tanto, de la revisión de las posiciones precedentes podemos concluir que sin una teoría realista y seria del proceso competitivo, que incorpore las nociones de incertidumbre y dinamismo, los criterios adoptados para determinar qué constituye una conducta anticompetitiva no pueden sino ser amplios, vagos y hasta contradictorios entre sí; y su aplicación posterior se traduce en arbitrariedad e impredecibilidad de la agencia de competencia.

2.6. Síntesis.

El problema con las usuales definiciones de “competencia” es que en principio parecen aceptables debido a su amplitud, generalidad e incluso vaguedad; sin embargo, tales definiciones no derivan en criterios claros sobre la naturaleza de “conductas contrarias a la libre competencia” o “conductas anticompetitivas”.

Una vez que los diversos autores y la agencia de competencia desarrollan un poco más sus definiciones de competencia, puede inferirse en ellos una fuerte influencia del modelo de la competencia perfecta y del paradigma *estructura-conducta-desempeño*, por el cual, en un mercado no intervenido, la estructura de mercado determina las conductas empresariales y el desempeño medido en eficiencia social. De este modo, en la gran mayoría de casos, realizan análisis estáticos del proceso competitivo, adoptando la noción de competencia como un estado de cosas que debe cumplir ciertos parámetros estructurales para generar un desempeño eficiente. Pretenden, en ese sentido, mercados diferenciados y estancos, de preferencia en equilibrio, con pluralidad de

ofertantes –o “conurrencia”- como requisito *sine qua non* de la competencia, con competidores *en igualdad de condiciones* que no hubieran desarrollado ventajas muy importantes sobre los otros, caso contrario existiría un deber genérico de compartir la ventaja. No se toma en cuenta bajo ninguna circunstancia el carácter incierto del mercado, el cual podría explicar por qué muchas empresas se integran o se desintegran según sus propias expectativas subjetivas de satisfacer a los consumidores mejor que otras integraciones. Al contrario, sus análisis están orientados a determinar objetivamente los resultados eficientes y, consecuentemente, en aras de alcanzarlos, consideran que la labor de la agencia de competencia consiste en configurar el mercado conforme a tales resultados.

Lo cierto es que no existe una teoría que explique de modo realista el fenómeno de la competencia. El pragmatismo ha generado que en algunos casos se adopte un estándar de competencia mixto, entre lo real y lo ideal, entre lo *positivo* y lo *normativo*, que provoque resultados o desempeño “aceptables” – llamado *workable competition*- sin percatarse de que no han identificado previamente los criterios que definan qué condiciones son aceptables.

El sistema de defensa de la competencia está diseñado sobre la asunción de que la agencia de competencia puede conocer, sin proceso de ensayo y error, de manera técnica y objetiva, qué arreglos contractuales y qué relaciones comerciales son más eficientes que otros. En consecuencia, se asume que está en capacidad de corregir las distorsiones –entendiéndose por distorsiones las estructuras y conductas ineficientes- generadas por las empresas con poder de mercado.

En los casos en que la agencia de competencia ha percibido que las distorsiones de la competencia provienen del propio Estado, mediante la imposición de privilegios o restricciones legales, su actuación ha consistido simplemente en hacer control de daños; esto es, no en denunciar el fondo del problema, sino simplemente tratar de corregir los resultados ineficientes de ciertas conductas que contradicen con el paradigma estático de competencia.

Por último, subyace a la noción de competencia del Derecho de la Libre Competencia peruano la teoría neoclásica del monopolio, aquella por la cual las empresas exitosas adquieren una capacidad efectiva de actuar con independencia de los demás agentes del mercado, revocar la mutualidad del fenómeno del intercambio y eximirse de las leyes de la oferta y la demanda. Que, sin la utilización de la violencia física, estas empresas pueden elevar los precios por encima del nivel competitivo ideal y reducir la producción ideal, generando una pérdida de eficiencia a nivel social, que es preciso corregir.

CAPÍTULO III:

HACIA UNA TEORÍA POSITIVA DE LA COMPETENCIA

3.1. Introducción.

En los capítulos anteriores hemos criticado que el Derecho de Libre Competencia peruano (DCP) no haya desarrollado una teoría de la competencia mediante la cual explique con realismo y detalle en qué consiste este proceso social que pretende proteger. Si bien es cierto que a nivel teórico existe un paradigma ideal de competencia que confunde los ámbitos positivo y normativo -modelo de competencia perfecta-, en la Parte I ya hemos criticado (1) el irrealismo de sus presupuestos y condiciones, (2) la eliminación deliberada de elementos cruciales del proceso competitivo en dicho modelo, tales como la empresarialidad y creatividad humanas, el proceso de ganancias y pérdidas, la incertidumbre y del desequilibrio, etc., (3) la restringida noción de eficiencia estática que sostiene su calidad de Óptimo de Pareto, (4) así como la inadecuada tendencia a explicar la competencia real mediante el contraste de diversos estados de equilibrio con el modelo de competencia perfecta (estática comparativa). En suma, hemos sostenido la irrelevancia de dicho modelo como *benchmark* o ideal de comparación contra el cual se deban analizar las

condiciones de competencia en los mercados reales²⁵⁴. A nivel práctico, de la revisión de los casos más representativos en el DCP, hemos extraído una noción de competencia fuertemente influenciada por el modelo de competencia perfecta, e incompatible con la incertidumbre, creatividad y dinamismo del proceso competitivo real.

Ante esta situación, si bien de nuestros comentarios críticos en los capítulos anteriores puede inferirse una noción alternativa del proceso competitivo, distinta a la provista por la doctrina y la agencia de competencia peruanas, en este capítulo pretendemos articular de una manera más clara y comprensiva una teoría de la competencia económica.

El desarrollo de una noción debidamente articulada y fundamentada de la competencia debe partir por reconocer que ésta es un fenómeno social y, como tal, pertenece a un orden de fenómenos complejos sobre los que la razón pura tiene ciertas limitaciones²⁵⁵. En ese sentido, una teoría sobre cómo funciona la competencia económica debe poder incorporar las principales características, propiedades y elementos de este proceso social de un modo general, explicando su dinámica en detalle, pero sin detenerse a establecer el resultado concreto del proceso en un espacio y tiempo determinados o sus atributos individuales. Debe permanecer “algebraica”²⁵⁶, aplicable a todas las

²⁵⁴ Algunos claman que ya es hora de deshacernos del paradigma de la teoría económica neoclásica: “Tras la crisis financiera internacional, y tras la incapacidad de dichas generaciones de economistas por predecirla, se han alzado cientos de voces de los más prestigiosos economistas del mundo, reclamando el fin de la economía neoclásica, alegando que para predecir los sucesos futuros que sobrevendrán en la economía real es necesario primero comprenderlo, y que los supuestos irreales son sólo un “juego de niños” que distraen el intelecto de los economistas en un sentido opuesto al que se requiere”. RAVIER, Adrián. *¿Qué ocurrirá tras el fin de la economía neoclásica?* Entrada postada el 17 de febrero de 2011 en: www.adrianravier.com

²⁵⁵ Sobre el particular, para HAYEK, la mecánica, la física, la biología y las ciencias sociales – en ese orden- son disciplinas que denotan una creciente complejidad, pues cada una de ellas precisa de un mayor número de variables en sus modelos para reproducir las constantes características de los fenómenos que cada una estudia. En los fenómenos complejos, estas variables, información o puntos de contacto son más cuantiosos, difíciles de reconocer y controlar. HAYEK, Friedrich A. *La Teoría de los Fenómenos Complejos*. Originalmente publicado bajo el título de *The Theory of Complex Phenomena*; en: BUNGE, Mario (Editor). *The Critical Approach to Science and Philosophy. Essays in Honor of K. R. Popper*. MacMillan and Publishing Co. Inc., 1964. Disponible en español en: http://www.hacer.org/pdf/rev02_hayek.pdf. Pág. 104.

²⁵⁶ Cuando HAYEK requiere que la teoría debe permanecer algebraica (Ver: *La Teoría de los Fenómenos Complejos*. Op. Cit. Pág. 109), está haciendo alusión a la *abstracción no precisiva*

circunstancias históricas donde una economía de mercado –sobre cuyas instituciones se genera y desarrolla la competencia económica- opere.

Al ser la competencia un fenómeno social, una teoría que la explique se rige por las categorías y razonamientos que la praxeología ha desarrollado para reconstruir nuestro entendimiento de la acción e interacción humanas. El axioma *fundamental* de que el hombre actúa deliberadamente según un plan preconcebido para alcanzar un objetivo valioso para él y que la *interacción humana* no es sino la coordinación de planes entre dos o más actores son afirmaciones que proveen una base sólida para iniciar una teoría de la competencia. Sólo cabe agregar, como anotación inicial, que la ciencia social está netamente orientada a explicar fenómenos espirituales, procesos de interacción movidos exclusivamente por ideas y valoraciones humanas; a diferencia de las ciencias de la naturaleza, que se ocupan de los fenómenos del mundo físico²⁵⁷. Hasta aquí, vale hacer notar, puede verificarse fácilmente que ninguna de estas afirmaciones requiere supuestos irreales ni expresan juicios de valor acerca de la competencia.

A efectos de tener debidamente conceptualizada la competencia al final de este capítulo, seguiremos el siguiente plan argumentativo: Empezaremos por introducir la idea de incertidumbre como contexto natural de toda acción humana. Que, las acciones e interacciones humanas son creativas pues requieren la percepción de nuevos conocimientos sobre fines valiosos y sobre medios o mecanismos para alcanzarlos, los cuales cambian permanentemente conforme cambian las circunstancias particulares de cada actor, y éste

o *aristotélica* que hemos descrito en la primera parte del presente trabajo al criticar la metodología positiva de Milton Friedman. Una teoría se mantiene “algebraica”, cuando es correcta al margen de ciertos elementos particulares no especificados en la teoría. Por ejemplo, decir que “ $x + x = 2x$ ” es una afirmación cierta sin perjuicio de los valores específicos que pudiera asignarse a “ x ”. Del mismo modo, al formular teorías económicas, debe tenerse presente que la veracidad de éstas debe cumplirse para toda circunstancia particular (“ x ”) y sin perjuicio de que en el caso concreto existan otras fuerzas iguales o mayores, contrarias o no, a la descrita en la teoría.

²⁵⁷ “La teoría económica no trata sobre cosas y objetos materiales; trata sobre los hombres, sus apreciaciones y, consecuentemente, sobre las acciones humanas que de aquéllas se derivan. Los bienes, mercancías, la riqueza, y todas las demás nociones de la conducta no son elementos de la naturaleza, sino elementos de la mente y de la conducta humana. Quien desee entrar a este segundo universo debe olvidarse del mundo exterior, centrando su atención en lo que significan las acciones que persiguen los hombres” MISES, Ludwig von. *La Acción Humana – Tratado de Economía*. Octava Edición. Unión Editorial. Pág. 111-112.

aprende. Asimismo, que, como consecuencia del permanente enfrentamiento con la incertidumbre y el cambio, la interacción iterativa genera espontáneamente un conjunto de órdenes espontáneos o instituciones en la sociedad –entre ellos, el sistema de precios-, instituciones que a su vez facilitan que los individuos tomen decisiones e interactúen de manera más eficiente. En el ámbito económico, diremos que una economía de mercado genera permanentemente, en cada momento histórico y gracias al desarrollo de ciertas instituciones, una compleja estructura productiva y una estructura de precios que son el resultado espontáneo del ejercicio descentralizado de la actividad empresarial. Al respecto, sostendremos que la función empresarial consiste en descubrir y corregir las descoordinaciones en tales estructuras y empuja al empresario para que actúe reasignando recursos hacia fines que coordinan mejor los intereses de los individuos involucrados en la descoordinación, obteniendo un beneficio puro para sí. Finalmente, definiremos el proceso competitivo como un proceso social dinámico por el cual los empresarios, dentro de sus respectivos contextos, pugnan por descubrir descoordinaciones en la estructura productiva y de precios actuales, cuyo ajuste representa para ellos oportunidades de beneficio puro, y actúan consecuentemente para aprovecharlas antes que otros, modificando marginalmente la producción y los precios. La naturaleza de la incertidumbre hace que toda acción empresarial sea inherentemente especulativa; esto es, que al momento de la acción empresarial los beneficios son sólo expectativas y que, en consecuencia, no hay certidumbre de que el empresario obtendrá los beneficios esperados; al contrario, ineludiblemente se encuentra sometido a un mecanismo de ganancias o pérdidas determinadas exclusivamente por las decisiones de los consumidores, según el empresario logre o no los objetivos trazados, respectivamente. A su vez, este mecanismo de ganancias y pérdidas permite que los empresarios aprendan y desarrollen su habilidad empresarial para percibir y aprovechar mejor las descoordinaciones.

Podrá notarse que esta noción de proceso competitivo no requiere asumir información perfecta, equilibrios automáticos, necesaria pluralidad de ofertantes en una porción de la estructura productiva arbitrariamente definida -“mercado relevante”-, existencia de bienes homogéneos, ni nada de lo que usualmente

caracteriza los análisis de las condiciones de competencia ni la preservación de ésta²⁵⁸. Tampoco se vale de una noción estrecha de rivalidad, entendida como necesario y absoluto conflicto entre empresas dentro de un “mercado relevante”, ni la idea de que la estructura de mercado determina de alguna manera fatalista el desempeño del mercado.

3.2. Incertidumbre.

Si la competencia es un proceso social movido por individuos que actúan deliberadamente para mejorar sus propios estados de bienestar, debe aceptarse que su desarrollo se da en un contexto de necesaria incertidumbre. Esto significa que el curso futuro de nuestras propias acciones así como el de los demás individuos no están determinados y no pueden conocerse con certidumbre en el presente. La razón de esta afirmación radica en naturaleza creativa de las acciones humanas, esto es, en la capacidad de aprender y de imaginar estados de bienestar a los que luego -por medio de la acción- los individuos intentan llegar. Esta capacidad de aprendizaje nos sugiere, siguiendo la lógica, que el conocimiento que aprenderemos mañana no puede conocerse el día de hoy y que, por tanto, las acciones que adoptaremos mañana, basadas en el conocimiento que tendremos entonces, tampoco pueden conocerse hoy.

Los individuos no sólo son *creativos* en el sentido expuesto antes, sino que infunden *valor*, imputan diversa importancia a las situaciones de mayor bienestar que pretenden alcanzar, así como a cada uno de los *medios* (bienes) o situaciones intermedias (fines inmediatos) que coadyuven a lograr aquéllas situaciones mediatas. A efectos de establecer un puente entre las condiciones actuales, la acción y el fin, los individuos proyectan mentalmente las etapas,

²⁵⁸ Al respecto, dice ARMENTANO que: “*Si fuera correcto argüir que tener más competidores siempre es mejor que menos, entonces las economías de escala y la innovación exitosa bien podrían ser condenadas por restringir la competencia. Pero es evidente que dicho análisis no es correcto. Las exclusiones asociadas con la eficiencia son apropiadas porque son los consumidores quienes en última instancia deciden premiar o penalizar a las empresas. El propósito del proceso de mercado es descubrir el servicio eficiente, el producto eficiente, la organización empresarial eficiente; **la competencia –tanto la rivalidad como la cooperación– nada tiene que ver con un número arbitrario de empresas en el mercado**” (negritas agregadas). Ver: *Antitrust: The Case for Repeal*. Op. Cit. Pág. 60.*

elementos y circunstancias del proceso para alcanzar los fines deseados mediante la elaboración de un *plan*²⁵⁹. Determinar *a priori* qué fines concretos persiguen o deben perseguir los individuos, qué medios son más valiosos que otros, o qué planes precisos se utilizan es una tarea imposible para el observador externo, desligado del contexto del actor. Si bien la praxeología puede brindarnos ciertos conceptos operacionales *a priori* sobre los elementos formales de toda acción humana (descritos arriba), el contenido de cada uno de ellos sólo es generado *genuinamente* por los actores mismos, pues son ellos quienes interpretan originariamente sus circunstancias y como resultado infunden contenido concreto a sus acciones: fines, medios, valores, plan, etc. Incluso el mismo individuo, dentro de condiciones aparentemente –externamente- iguales, puede tomar decisiones disímiles si es que previamente ha generado conocimiento práctico (vía experiencia y reflexión) que le permite concluir que un curso de acción distinto le proveerá mejores resultados. Nótese que no estamos afirmando que los actores *deban* tomar sus propias decisiones –cuestión ética perteneciente al plano del *deber ser*-, sino que es el conocimiento subjetivo e individual del actor lo que determina sus acciones (afirmación en el plano del *ser*).

En este razonamiento, antes del emprendimiento de toda acción, es lógicamente imprescindible que el actor tenga una imagen mental de la situación que pretende alcanzar y la manera cómo su acción va a alcanzar, mediante etapas sucesivas (productivas), la deseada situación de mayor bienestar. Esta imagen mental es lo que entendemos por *expectativas*, y también viene determinada por la interpretación individual de las circunstancias concretas del actor. Esta última afirmación no es pacífica pues, en algunas ocasiones, la naturaleza subjetiva de las expectativas pretende ser racionalmente objetivizada por ciertos autores asumiendo que existe una “data dada”: información completa y disponible por igual para todos. No obstante,

²⁵⁹ La importancia de la noción de “plan” en el estudio formal de la acción humana radica en que el fin justifica la acción, pero no agota su explicación. Se requiere conocer proyecto de las etapas tendientes al fin. El “plan” –decía LACHMANN- es el *tertium comparationis* entre nuestra mente y la de las demás personas que actúan. LACHMANN, Ludwig. *Capital, Expectations and the Market Process: Essays on the Theory of the Market Economy*. Sheed Andrews and McMeel. Kansas, 1977. Pág. 44 de la versión disponible en: http://files.libertyfund.org/files/97/Lachmann_0721_EBk_v5.pdf

esta crítica no responde satisfactoriamente la pregunta de si dicha información está “dada” al analista observador o está “dada” a las personas cuyas acciones se pretenden explicar; y, en caso fuera esto último, si se asume realmente que los mismos hechos son conocidos por todos los individuos que conforman el sistema o si la “data” puede ser diferente para personas diferentes²⁶⁰. Por ejemplo, si dos granjeros se enfrentan a un alza de los precios de las manzanas, uno de ellos puede creer que el hecho observado es síntoma de inflación mientras que el otro, que es síntoma del ascenso de vegetarianismo. Sea como fuere, los eventos observados y su cuantificación no tienen significado en sí, excepto con referencia a una estructura de interpretación lógicamente anterior a ellos que depende del actor y que, como consecuencia, generan acciones disímiles. De ello se sigue que si bien es cierto nuestras expectativas del futuro responden a nuestra experiencia pasada, el *modo* de nuestra respuesta está gobernada por nuestra interpretación personal y subjetiva de esa experiencia²⁶¹.

Lo dicho se mantiene como una “teoría algebraica” -según la exigencia de Hayek- que es válida como teoría general para el análisis de cualquier escenario social histórico.

Habiendo enfatizado la creatividad y la subjetividad de las expectativas como dos grandes características de las acciones individuales, debemos concluir necesariamente que la interacción humana siempre está contextualizada en un escenario de incertidumbre; i.e. la ignorancia de los planes y de las acciones de los demás en el futuro. El problema de la incertidumbre se agrava porque incluso si conociéramos las expectativas y las acciones que los individuos *planean* efectuar, aquéllas pueden cambiar y adaptarse de acuerdo a las volubles circunstancias particulares que enfrentarán tales individuos en el curso de sus acciones, así como al conocimiento o experiencia que irán acumulando en el proceso. A su vez, esto implica que el actor puede errar en las

²⁶⁰ HAYEK citado por O'DRISCOLL, Gerald P. Jr. *Economics as a Coordination Problem. The Contributions of Friedrich A. Hayek*. Sheed Andrews and McMeel, Inc. Kansas. 1977. Pág. 25-26 de la versión disponible en: http://files.libertyfund.org/files/110/ODriscoll_0727_EBk_v5.pdf

²⁶¹ Ver: LACHMANN, Ludwig. *Capital, Expectations and the Market Process: Essays on the Theory of the Market Economy*. Sheed Andrews and McMeel. Kansas, 1977.

expectativas que originalmente había previsto y reformular sus planes, inmiscuyéndose así en un proceso por el cual aprende y se vuelve más hábil sobre la forma de alcanzar los fines deseados.

En un contexto naturalmente incierto, una reflexión detenida nos hará advertir que lo único que podemos conocer con algún grado de certeza son los hechos que ya sucedieron en el pasado mediato o inmediato: Vg. el nivel de precios, el número de ventas, la tecnología utilizada, la estructura de un mercado determinado, los canales de distribución más rentables y exitosos, etc. Ciertamente, la estadística puede ayudarnos a sistematizar en grandes números agregados un conjunto de hechos del pasado, tratando deliberadamente a los elementos individuales como si no estuvieran sistemáticamente conectados y renunciando así a enfocarse en las relaciones causales que rigen estos elementos²⁶². *Pero sería erróneo extrapolar el ámbito de estudio de esta disciplina hacia el futuro como método para superar la incertidumbre.* El futuro en sí no es cognoscible porque no todavía no existe en el mundo social, ni tampoco está determinado por las condiciones pasadas; sino que al contrario, está por construirse y depende de las millones de acciones que se efectúen el día de hoy sobre la base del conocimiento e interpretación subjetiva de las circunstancias individuales. Por eso decimos que el *futuro es incierto* y, dado que las acciones humanas están orientadas al futuro, que el contexto natural de éstas es la incertidumbre.

Consecuente con su método lógico-deductivo, MISES demuestra que la idea de *incertidumbre* se desprende notoriamente de la propia noción de acción humana: *“En la propia noción de acción va implícita la incertidumbre del futuro. El que el hombre actúe y el que el futuro resulte incierto en modo alguno son dos hechos desligados. Se trata únicamente de dos formas de afirmar la misma cosa.*

²⁶² Así pues, la estadística sustituye información de los elementos individuales del todo por su frecuencia numérica, y por ende, sólo es relevante cuando ignoramos (deliberadamente o no) las relaciones entre elementos individuales con atributos diferentes, haciéndose irrelevante cuando lo que importan son las relaciones entre elementos individuales con distintos atributos. HAYEK. *La Teoría de los Fenómenos Complejos. Op. Cit.* Pág. 111.

Podemos suponer que el resultado de todo acontecimiento o mutación está predeterminado por las eternas e inmutables leyes que regulan la evolución y desarrollo del universo. Podemos considerar que la interconexión e interdependencia de los fenómenos, es decir, su concatenación causal, es la realidad fundamental y suprema, Podemos negar de plano la intervención del azar. Ahora bien, admitido todo ello, aún reconocido que tal vez para una mente dotada de la máxima perfección las cosas se plantearan de otro modo, queda en pie el hecho indudable de que para el hombre que actúa el futuro resulta incierto. Si pudieran los mortales conocer el futuro, no se verían constreñidos a elegir y, por tanto, no tendrían por que actuar. Vendrían a ser autómatas que reaccionarían ante meros estímulos, sin recurrir a voliciones personales.

[...] La acción apunta invariablemente hacia un futuro desconocido. En este sentido, la acción es siempre una arriesgada especulación”²⁶³.

Aplicando estas ideas al ámbito estrictamente económico, desconocemos (i) si mañana un nuevo competidor concebirá un producto novedoso u ofertará condiciones más ventajosas de las que hoy existen, (ii) el número de competidores que finalmente podrán posicionarse en un mercado determinado, (iii) cuáles bienes serán considerados relativamente escasos, (iv) cuáles serán sustitutos razonables y/o complementarios desde la perspectiva de los consumidores ni la intensidad de tales relaciones de sustituibilidad, (v) la tecnología que los competidores utilizarán, (vi) los deseos y las preferencias que los consumidores adoptarán, (vii) las características o facilidades que demandarán, (viii) las políticas públicas que se adoptarán, (ix) las reacciones que se adoptarán ante un cambio de condiciones, (x) las nuevas formas de cooperación, de integración vertical u horizontal, ni los complejos arreglos contractuales que se celebrarán, etc. *En una frase, desconocemos lo que los demás individuos aprenderán y los conocimientos prácticos que generarán, las*

²⁶³ MISES, Ludwig von. La Acción Humana. Tratado de Economía. Octava Edición. Op. Cit. Págs. 127-128. En palabras de HUERTA DE SOTO: “El futuro es, por tanto, siempre incierto, en el sentido de que aún está por hacer y el actor sólo tiene de él ciertas ideas, imaginaciones o expectativas que espera hacer realidad mediante su acción personal e interacción con otros actores. El futuro, además, está abierto a todas las posibilidades creativas del hombre, por lo que cada actor se enfrenta al mismo con una incertidumbre inerradicable [...]”. HUERTA DE SOTO, Jesús. *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*. Tercera Edición. Unión Editorial. Madrid, 2005. Pág. 46.

*valoraciones que realizarán y consecuentemente, las acciones que emprenderán*²⁶⁴. Esta noción puede aplicarse plenamente al ámbito extra económico. Por ejemplo, al celebrarse un matrimonio, cada contrayente ha elaborado una serie de expectativas subjetivas sobre la vida de casado, las cuales no necesariamente se cumplirán a plenitud. Ambos saben que, dada esta contingencia en el cumplimiento de sus expectativas, les conviene construir permanente y dinámicamente una relación interpersonal en pequeños pasos que les permita lograr efectivamente y en el largo plazo las situaciones beneficiosas que imaginaron al casarse.

Es importante darnos cuenta que esta noción de “incertidumbre” (ignorancia abierta) es radicalmente distinta a la manera cómo los libros de texto en economía han tratado el tema de la ignorancia y el conocimiento. Hasta la primera mitad del siglo XX, los modelos estándar sobre competencia asumían que los agentes económicos tenían información perfecta, ignorando el problema de la incertidumbre. Bajo dicho esquema, era relativamente fácil demostrar que la publicidad era una actividad derrochadora o que, mediante sofisticados mecanismos de recojo de información, los planificadores centrales estaban en capacidad real de replicar los resultados del mercado de manera centralizada. Debido a las severas críticas de esta irreal aproximación, algunos economistas incorporaron en sus modelos de competencia una idea de *incertidumbre*; no obstante, bajo esta denominación se asumía –y se asume aún hoy- que si bien los agentes económicos no tienen conocimiento perfecto, sí conocen con certeza la distribución de probabilidades de los posibles resultados alternativos del futuro.

Es decir, no se incorporó la *genuina incertidumbre* en la noción de competencia, ya que en tales modelos los individuos aún conocen la estructura del mundo de manera completa y con certeza, aunque en términos probabilísticos. En ese mundo -que es donde se desarrolla la doctrina

²⁶⁴ Vale aclarar que el problema de la incertidumbre no se reduce meramente a “ignorar algo”. El “riesgo” también parte de la noción de ignorancia; sin embargo, esta ignorancia es limitada o cerrada, pues el actor sabe qué ignora; es decir, si bien no conoce un resultado concreto, sí conoce con certeza las alternativas posibles. En cambio, la “incertidumbre” implica una ignorancia ilimitada o abierta, pues el actor actúa sin saber lo que ignora.

Antitrust²⁶⁵ - es inconcebible que algún agente pueda cometer errores o pueda irrumpir el stock de conocimientos vigentes, pues las decisiones en ese mundo siempre serían óptimas de acuerdo a la información objetiva disponible. En consecuencia, no puede alcanzarse la idea de que la competencia es un proceso dinámico de ensayo y error llevado a cabo por empresarios de manera descentralizada. Existe, pues, una suerte de inmunidad al error real y a la sorpresa. A modo de ilustrar la confusión, Bryan CAPLAN, intenso opositor de la escuela austríaca de economía, retó a los economistas de esta escuela para que expliquen la *incertidumbre* utilizando lenguaje de probabilidad estándar. “¿Qué probabilidad corresponde a “no saber que no sabes”?” – preguntaba²⁶⁶. Era, evidentemente, una pregunta imposible de responder en los términos en que fue planteada. Desde nuestra perspectiva, los errores y la sorpresa son perfectamente connaturales a un mundo dinámico e incierto y, mientras algunos individuos han desarrollado mejores habilidades y conocimientos prácticos para adaptarse a las cambiantes condiciones más rápidamente que los demás, otros no han logrado hacerlo oportunamente. La capacidad de errar, de percatarse de los errores y oportunidades de bienestar no aprovechadas, la falibilidad, la capacidad de aprender y de percibir situaciones no satisfactorias, son todas expresiones que denotan que el ser humano es *creativo* por naturaleza. Esta creatividad humana no es una propiedad que pueda encuadrarse y limitarse dentro de un modelo que supone información objetiva, dada y estable, precisamente porque el principal efecto de la creatividad es la generación de nueva información que no estaba disponible antes. Por ende, para quienes no incorporen genuinamente esta incertidumbre, la competencia siempre tenderá a ser un *estado de cosas* y no un *proceso de descubrimiento o flujo de conocimientos*.

Tal como ya hemos indicado recurrentemente, la práctica del Derecho de la Libre Competencia da por descontado este proceso dinámico de creación. En

²⁶⁵ No es el caso de todos los economistas, por cierto. Notable fue el aporte de KNIGHT, para quien el beneficio empresarial está ligado al *cambio* en las condiciones económicas, y no corresponde a una mera compensación por asumir *riesgos*. Ver: KNIGHT, Frank H. *Risk, Uncertainty and Profit* [1921] Liberty Fund, Edición electrónica, 2000. Desafortunadamente, su influencia no es patente en la elaboración de una teoría dinámica de la competencia en el Derecho de la Libre Competencia.

²⁶⁶ CAPLAN, Bryan. Entrada de blog: *The Trojan Horse Example*. Disponible en: http://econlog.econlib.org/archives/2008/06/the_trojan_hors.html

la doctrina y en las decisiones administrativas de la agencia de competencia, los mercados son analizados como “estados de cosas” y las autoridades pretenden dirigirlos deliberadamente hacia “estados de cosas” más eficientes. Las situaciones de éxito o posiciones de dominio son vistas con recelo bajo la idea de que la empresa dominante ostenta una posición estática, como si la competencia ya hubiera terminado y le permitiera a tal empresa comportarse de manera unilateral.

3.3. Problema económico y problema social.

La incertidumbre y la acción como conducta especulativa y generadora de cambios hacen que el equilibrio sea un blanco esquivo, así como que las teorías desarrolladas sobre la base de diversos equilibrios -más o menos- competitivos sean sustancialmente inaplicables a contextos de desequilibrio. Se requiere, por tanto, una reformulación de la noción de competencia a fin de que pueda explicar los fenómenos económicos, incluso en situaciones de desequilibrio²⁶⁷.

HAYEK estaba consciente de esta situación, y por ello pudo replantear adecuadamente el problema real de cualquier sistema económico. Para hacerlo, primero hizo hincapié en la introducción del concepto de “*conocimiento de las circunstancias particulares de espacio y tiempo*” en la teoría social, en oposición al “*conocimiento científico*” o de hechos generales. Decía: “*Hoy en día, es prácticamente una herejía sugerir que el conocimiento científico no es la suma de todo el conocimiento. Pero una pequeña reflexión demostrará que sin duda existe un conjunto de conocimientos muy importantes pero desorganizado que no puede llamarse científico en el sentido del conocimiento de reglas generales: el conocimiento de las circunstancias particulares de tiempo y lugar. Es con respecto a éste que prácticamente cualquier individuo tiene cierta ventaja sobre los demás, dado que posee cierta información única que puede usarse beneficiosamente, pero sólo si se dejan a él las decisiones dependiendo de dicha información o éstas son tomadas con su activa*

²⁶⁷ Ver: O'DRISCOLL, Gerard. *Economics as a Coordination Problem: The Contributions of Friedrich A. Hayek*. Sheed Andrews and McMeel, Kansas, 1977.

cooperación. Basta con recordar todo lo que tenemos que aprender en cualquier ocupación después de haber terminado el entrenamiento teórico, la parte importante de nuestra vida de trabajo que pasamos aprendiendo tareas específicas, y lo valioso que es en todos los ámbitos de la vida el conocimiento de las personas, condiciones locales y circunstancias específicas. El conocer y poner en uso una máquina que no es completamente empleada, aprovechar la experiencia de alguien que puede ser mejor utilizada, o tener conocimiento de artículos sobrantes que pueden aprovecharse durante una interrupción del abastecimiento es socialmente tan útil como el conocimiento de mejores técnicas alternativas²⁶⁸. El autor se lamentaba que este tipo de conocimiento práctico sea frecuentemente minimizado o despreciado frente al conocimiento científico cuando es evidente que muchas acciones, innovaciones y beneficios se derivan del correcto uso del primero. Y en efecto, tal como sucede en el sistema de Libre Competencia, no en pocas ocasiones se pretende exigir una justificación “objetiva y científica” de los beneficios empresariales; error que nace del prejuicio contra quienes obtienen ventajas materiales de sus conocimientos prácticos y contextuales, sobre otros individuos que poseen elaborados conocimientos técnicos o teóricos.

Esta poca importancia que se le da a los “conocimientos de circunstancias particulares” se origina a su vez en la poca importancia que se le da al cambio en sí. Esta observación de HAYEK coincide plenamente con la noción de dinamismo e incertidumbre que hemos esbozado y que generalmente no se toma en cuenta al analizar al proceso competitivo. Así, habiendo incorporado la noción de “circunstancias particulares” y hecho hincapié en el dinamismo propio del mercado, HAYEK replantea el problema económico de la sociedad de un modo distinto al que los economistas ortodoxos lo habían concebido; planteamiento que consecuentemente altera las soluciones que pudieran formularse con respecto a dicho problema. Dice: “De este modo, el problema económico de la sociedad no es simplemente un problema de asignación de recursos “dados” -si “dados” quiere decir dados a una sola mente que deliberadamente resuelve el problema planteado por estos “datos”-. Se trata

²⁶⁸ HAYEK, Friedrich A. von. *El uso del conocimiento en la sociedad* [1945]. En: Revista de Estudios Públicos Nº 12, 1983. Pág. 160.

*más bien de un problema referente a cómo lograr el mejor uso de los recursos conocidos por los miembros de la sociedad, para fines cuya importancia relativa sólo ellos conocen. O, expresado brevemente, es un problema de la utilización del conocimiento que no es dado a nadie en su totalidad*²⁶⁹.

Enunciado el problema en otros términos, si sólo los individuos reconocen los fines que consideran valiosos, muchos de ellos contradictorios y actúan utilizando los escasos recursos para alcanzar estos fines, ¿cómo lograr que estos recursos sean utilizados de manera más coordinada posible?, o lo que es lo mismo, ¿cómo lograr un orden por el cual los individuos cooperen entre sí para alcanzar sus fines, teniendo presente que sólo ellos conocen la importancia concreta de sus fines inmediatos y mediatos y, además, que deben adaptarse constantemente a los cambios?. La gran tarea de la ciencia social consiste pues en explicar cómo se logra una solución espontánea mediante las interacciones de personas cada una de las cuales posee sólo un conocimiento parcial pero ventajoso y de primera mano sobre los cambios pertinentes en los fines y de los recursos disponibles. El camino que se ha adoptado en la doctrina del Derecho de la Libre Competencia excluye esta noción de la competencia como proceso dinámico de descubrimiento y coordinación, restringiéndose principalmente al: (i) análisis comparativo de distintas situaciones de equilibrio estático, (ii) análisis de las condiciones irreales mediante las cuales estos equilibrios se alcanzarían, (iii) de las estrategias interdependientes que utilizan las empresas para alcanzar sus equilibrios en contextos de certidumbre donde los participantes, sus fines, los medios, la tecnología, etc. están dados y no cambian. Además, la concepción del problema económico como mera maximización u optimización de elementos conocidos o cognoscibles les lleva a considerar que resulta *posible y necesario* intervenir el proceso competitivo para llevarlo deliberadamente hacia el cumplimiento de condiciones “competitivas”: pluralidad, homogeneidad del producto, la eliminación de las barreras económicas para aquéllos que no pueden superarlas, etc.

²⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 158.

Tan importante es el estudio de los fenómenos sociales espontáneos, entre ellos el orden económico espontáneo, que se ha dicho que aquéllos constituyen propiamente el objeto de estudio de las ciencias sociales teóricas: *“Los problemas a los que las ciencias sociales tratan de dar respuesta se presentan sólo cuando la acción consciente de muchos hombres produce resultados no buscados, en la medida en que las regularidades observadas no son producto de ningún plan previo. Si los fenómenos sociales no mostraran ningún otro orden excepto en el caso de que fueran conscientemente planeados, no habría lugar para las ciencias sociales teóricas y sólo existirían, como con frecuencia se aduce, problemas concernientes a la psicología. Sólo se presenta un problema que requiere explicación teórica cuando surge una especie de orden no planeado como resultado de acciones individuales. Pero aunque la gente dominada por el prejuicio cientista se incline con frecuencia a negar la existencia de órdenes de este tipo (lo que implica también negar la existencia del objeto de estudio de las ciencias sociales teóricas), pocos –si es que hay alguno– están preparados para hacerlo consistentemente: el hecho de que el lenguaje exprese un orden definido que no es resultado de ningún plan consciente difícilmente podrá ser cuestionado”*²⁷⁰

En el ámbito económico, el orden espontáneo es lo que se denomina *mercado*²⁷¹. La *competencia*, por otro lado, es un concepto que describe uno de los más importantes procesos en el *mercado*: la abierta rivalidad en la que están inmersos los individuos o grupos de individuos, por la cual éstos descubren oportunidades de beneficio empresarial mediante la reasignación de recursos en cualquier ámbito de la estructura productiva y las aprovechan antes que los demás. Sobre esto volveremos más adelante. Por lo pronto, debe retenerse la idea de que *mercado* y *competencia* denotan el mismo fenómeno social: un orden económico dinámico que tiende a coordinar el uso de los medios y la satisfacción de los fines, dada la dispersión del conocimiento de circunstancias particulares de cada individuo y su inevitable cambio. ¿Cómo es

²⁷⁰ HAYEK, Friedrich A. (1952) *La contrarrevolución de la ciencia. Estudios sobre el abuso de la razón*. (Traducción de Jesús Gómez Ruiz) Unión Editorial. Madrid, 2003. Pág. 71.

²⁷¹ Un recuento teórico e histórico del estudio de los diferentes órdenes sociales espontáneos puede consultarse en el famoso ensayo de Norman BARRY, *The Tradition of Spontaneous Order*, publicado originalmente en 1982; ahora disponible en línea en: <http://www.econlib.org/library/Essays/LtrLbrty/bryTSO.html>

esto posible y cuál es el mecanismo?- es lo que cualquier estudioso de la competencia debería avocarse a responder.

3.4. Instituciones sociales y sistema de precios.

La manera cómo los individuos logran hacer frente a esta incertidumbre, intentan evitar los errores en sus expectativas y coordinan sus actividades de modo que puedan alcanzar sus fines de manera cooperativa puede explicarse en gran parte gracias al desarrollo de las instituciones sociales. Señala RIZZO que *“decir que la economía austríaca es la economía del tiempo y la ignorancia es afirmar que se trata de una economía sobre cómo lidiamos con los problemas planteados por el tiempo real y por la ignorancia radical. Las conductas que se generan a partir de estos apuros en los que los seres humanos se ven envueltos es la fuente de los fenómenos de mercado y de las instituciones”*²⁷².

Ejemplo paradigmático es el lenguaje. Éste es un sistema eficiente de comunicación que los individuos han desarrollado para facilitar sus interacciones, ya que se sirven de él para conocer los pensamientos, intereses, perspectivas y fines de los demás, para posteriormente adaptarse de la mejor manera a dichas circunstancias. Las pautas y reglas del lenguaje, formadas descentralizadamente gracias a mejoras marginales y espontáneas de sus practicantes, les ayudan a formarse *expectativas* más o menos correctas sobre el accionar de los demás. Así como la institución del lenguaje, las sociedades desarrollan espontáneamente un conjunto de normas morales, normas de obligatorio cumplimiento o jurídicas, reglas generales de conducta y costumbres que pautan las acciones de los individuos, facilitando así la interacción y la generación de relaciones hagan posible la cooperación para alcanzar fines valiosos. Este sistema de normas es lo que llamamos Derecho y es, junto con el lenguaje, ejemplo claro de una institución social generada con

²⁷² RIZZO, Mario J. *Time and Ignorance. After ten years.* En: RIZZO, Mario y O'DRISCOLL, Gerald P. Jr. (Editores): *The Economics of Time and Ignorance.* [1985] Edición electrónica de Taylor & Francis E-Library, 2002.

el objeto de superar parcialmente la incertidumbre que enfrentan los individuos al actuar.

Las instituciones son patrones de conducta que encauzan la interacción humana y emergen de acciones concretas de individuos quienes, equipados con un pequeño stock de conocimientos subjetivos (experiencia, deseos, valores, interpretaciones de la realidad, etc.), adoptan tales pautas de conducta para lograr mejor sus fines; pautas que se ven afianzadas o dejadas de lado en la interacción repetitiva y adaptativa con los demás individuos. En el caso del lenguaje antes mencionado, al relacionarse constantemente, los individuos aprenden (creativamente) que pueden satisfacer más fácilmente sus objetivos utilizando cierto sistema de señales que por un proceso de ensayo y error va discriminando las palabras, las expresiones, los modos gramaticales, etc. que prueban ser más efectivos en la práctica. Las innovaciones o cambios marginales positivos –i.e. eficaces- tienden a ser imitados y expandidos en toda la sociedad, no porque sean objetiva y científicamente más convenientes, sino porque los individuos perciben, desde sus propios contextos y perspectivas, que facilitan mejor el logro de sus fines individuales²⁷³.

En este sentido, gran parte de la importancia de las instituciones radica en que éstas pueden aprovechar los conocimientos prácticos de miles de individuos y cualquier intento por crearlas o modificarlas deliberada y centralizadamente se

²⁷³ Debemos notar que esta explicación “individualista” y “evolutiva” de las instituciones es sustancialmente opuesta a aquella otra explicación “pragmática” (así llamada por MENGER), desde la cual se cree erróneamente que las instituciones sociales son el resultado del cálculo humano o de un acuerdo explícito entre individuos: “*The most obvious idea for arriving at understanding of social institutions, of their nature, and of their movement was to explain them as the result of human calculation aimed at their establishment and formation, to attribute them to agreement between people or to acts of positive legislation. This (pragmatic) approach was not adequate to real conditions and was thoroughly unhistorical*”. Ver. MENGER, Carl: *Investigations into the Method of the Social Sciences with special reference to Economics*. (1883) New York University Press (Traducción de Francis J. Nock). Nueva York y Londres, 1985.

Para ejemplificar el concepto evolutivo de las instituciones, MENGER aplica esta noción a su teoría del origen del dinero, indicando que el uso de ciertos bienes como medio de intercambio generalmente aceptado no fue inventado originalmente por el Estado ni adoptado mediante ningún acuerdo social, sino que fue resultado de la convergencia natural de acciones individuales en el mercado. Ver Págs. 152 y ss.

enfrentaría con el hecho de que dicho conocimiento es extremadamente voluminoso y disperso, así como tácito, subjetivo, contextual y cambiante²⁷⁴.

No sólo las instituciones permiten el aprovechamiento coordinado de estos conocimientos, sino que a su vez sirven como medios para superar nuevos desequilibrios o descoordinaciones generados por el *cambio*. En otras palabras, surgen y se mantienen gracias al dinamismo de los fenómenos sociales: *“El propio proceso de ajuste –o mejor dicho, de pretendido ajuste- producirá errores que desestabilizan la equilibración. Si ello no fuera así y sólo existieran tendencias equilibrantes, luego el dinero -y más generalmente, las instituciones de mercado- tenderían a desaparecer. Dado que los cambios de la data serían entonces la única razón que sostiene la persistencia de las instituciones, deberíamos esperar que éstas sean relativamente poco importantes en sociedades estacionarias o tradicionales. De hecho, sucede justo lo contrario”*²⁷⁵.

Una de las instituciones sociales más importantes dentro del ámbito económico es el *sistema de precios*. Tal como indica Menger, *“el Derecho, el Estado, el dinero, los mercados, todas estas estructuras sociales en sus diversas formas empíricas y permanente cambio son en gran parte el resultado del desarrollo social. Los precios de los bienes, las tasas de interés, la renta de la tierra, los salarios, y los miles de otros fenómenos de la vida social en general y de la economía en particular exhiben exactamente la misma peculiaridad. Además, su explicación no puede ser “pragmática” en el sentido que hemos considerado*

²⁷⁴ Sobre el particular, véase. HUERTA DE SOTO, Jesús. *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Tercera Edición. Unión Editorial. Madrid, 2005: *“El socialismo es un error intelectual porque no es teóricamente posible que el órgano encargado de ejercer la agresión institucional disponga de la información suficiente como para dar un contenido coordinador a sus mandatos”*. Seguidamente, el autor propone dos tipos de argumentos a favor de la imposibilidad del socialismo. El argumento *estático* consiste en que el volumen de la información necesaria para coordinar la sociedad es inmenso y además se encuentra disperso en las mentes de todos los hombres. Asimismo, se trata de un conocimiento tácito y no articulable. El argumento *dinámico* hace hincapié en que, al actuar, el empresario constantemente crea y descubre nueva información, haciendo imposible la pretensión del planificador central de hacerse con toda esta información que aún no se ha creado. Ver Págs. 95 y ss.

²⁷⁵ RIZZO, Mario J. En: RIZZO, Mario y O'DRISCOLL, Gerald, Jr. *The Economics of Time and Ignorance*. [1985]. Edición virtual por Taylos & Francis e-Library, 2002. Pág 16.

aquí, sino análoga a la de las instituciones sociales no intencionalmente creadas”²⁷⁶.

Brevemente explicaremos en qué consiste este sistema de precios, ya que su comprensión nos permitirá delimitar mejor en qué consiste la competencia en una economía de intercambio indirecto. Sin entrar a consideraciones normativas, un sistema de precios se desenvuelve en tanto pre-existan otras instituciones sociales que permitan el *intercambio* de bienes, entre ellas, la *propiedad*, esto es, aquél reconocimiento social por el cual los individuos tienen dominio excluyente sobre los bienes a intercambiar. Por el sistema de precios, el intercambio iterativo de bienes va dejando un rastro de la *ratio de intercambio* a la que los individuos participantes han arribado en un contexto determinado: Vg. 2 manzanas por un plátano (en una economía de intercambios directos), 1 auto de marca AUDI por US\$ 40,000.00 (en una economía de intercambios indirectos). Esta *ratio* sirve como una *señal* referencial que puede ser aprovechada por otros individuos que deseen intercambiar los mismos tipos de bienes, quienes por supuesto podrán modificar la *ratio* según sus propias valoraciones y expectativas. Así pues, los intercambios frecuentes del mismo tipo arrojan paulatinamente un nivel de precios para ciertos bienes, los cuales reflejan las tendencias de las *ratios* que los individuos han venido adoptando en función de sus respectivas circunstancias. Más adelante veremos cómo se forman estos precios; sin embargo, por ahora nos interesa recalcar que estos precios transmiten una pequeña pero valiosa información para que los demás individuos ajusten su comportamiento convenientemente, sin que sea necesario conocer la totalidad de condiciones circundantes del bien a intercambiar²⁷⁷.

²⁷⁶ MENGER, Carl: *Investigations into the Method of the Social Sciences with special reference to Economics*. Op. Cit. Pág. 147. (Traducción libre)

²⁷⁷ Al respecto, precisa HAYEK que el individuo no necesita conocer todos los acontecimientos que provocaron ciertos precios en un momento determinado para adaptarse rápidamente a los mismos: “No le importa la razón por la que en un determinado momento se necesiten más tornillos de un tamaño que de otro, ni por qué las bolsas de papel se consiguen más fácilmente que las de tela, ni por qué sea más difícil conseguir trabajadores especializados o una máquina determinada. Todo lo que le importa es determinar cuán difícil de obtener se han vuelto estos productos en comparación con otros que también le interesan, o el grado de urgencia con que se necesitan los productos alternativos que produce o usa. Siempre es un problema de la importancia relativa de las cosas específicas que le interesan [...]”. HAYEK, Friedrich A. von. *El uso del conocimiento en la sociedad*. Op. cit. Pág. 163-164.

Es en este sentido que el sistema de precios, como institución social, sirve como conductor de información práctica relevante que antes estaba dispersa, convirtiéndola en datos precisos y objetivos que ayuda a los individuos a tomar decisiones. Es importante indicar que los precios arrojados de ningún modo determinan el nivel de los precios de los mismos bienes en el futuro, sino simplemente sirven como señales objetivas del pasado que serán interpretadas por los individuos de manera subjetiva a fin de facilitarles la previsión de sus planes, el cálculo económico, los métodos de producción mas idóneos, la generación de expectativas, el ordenamiento de sus prioridades, etc. Dicho ello, la utilidad del sistema de precios como institución social frente a la incertidumbre connatural del mercado es patente.

Además, esta institución permite la mayor explotación de la función coordinadora del empresario -de la cual nos ocuparemos después- pues sólo gracias al sistema de precios los individuos pueden calcular si eventualmente es rentable producir determinados bienes, o calcular y comparar entre las diversas alternativas de producción técnicamente posibles. Sobre la base de los precios de hoy, los empresarios pueden especular o anticipar los precios de bienes el día de mañana y en función a tales expectativas pueden calcular si vale la pena adquirir los factores de producción necesarios para embarcarse en la producción de tales bienes; o si un método de producción es más eficiente que otro. Por ejemplo, gracias a los precios, el empresario sabrá que de ordinario no es rentable utilizar oro como insumo para la producción de cables de instalaciones eléctricas, y que resulta más conveniente utilizar cobre como sustituto. No tiene que saber con detalle cuáles son las propiedades del oro en relación a las del cobre, ni qué otros usos alternativos del oro justifican su elevado precio. Sólo sabe que normalmente tendrá que pagar mucho más dinero por el oro que por el cobre y que, por tanto, le conviene utilizar el cobre en vez del oro para la conducción de electricidad. Es así que las valoraciones subjetivas y los conocimientos de circunstancias particulares de las miles de personas que participaron en la formación de los precios del oro se difunden “encapsulados” a través de los precios para que los demás adecúen sus decisiones de producción y consumo.

Esto tampoco significa que estos últimos sean meros sujetos pasivos; al contrario, la decisión de adaptar sus consumos a los precios que percibe es una conducta activa, que refleja sus valoraciones e interpretaciones de tales precios, adaptadas a su contexto actual. Supongamos que estos empresarios descubren nuevos usos para el cobre que sean mucho más valiosos que los fines para los que actualmente se demanda. En esos casos, el cobre se volverá más valioso y su precio tenderá a incrementarse, a tal punto que quizás ya no valga la pena utilizar cobre para la conducción de electricidad, sino más bien, oro. Ello significa que los nuevos precios –más elevados- del cobre estarán incorporando información fresca sobre aquéllos nuevos usos percibidos del mismo.

Una manera de explicitar la funcionalidad del sistema de precios consiste en imaginar un mundo donde no exista. Sin un sistema de precios, las acciones empresariales carecerían de referentes que les permitan comparar cuantitativamente cursos de acción complejos, por lo que, al no existir posibilidad de cálculo económico, no habría forma de asignar recursos de manera racional. Precisamente esto era lo que denunciaba Mises cuando decía que un sistema económico socialista, caracterizado por la ausencia de propiedad privada y, por ende, de precios, no sólo sería ineficiente sino, fundamentalmente, irracional. Dicho sistema carente de producción racional sería análogo a una máquina que simplemente produce pero que no tiene la capacidad para reflexionar sobre la conveniencia de adoptar ciertos métodos de producción o la utilización de ciertos bienes, en comparación con otros; ni capacidad para evaluar *a posteriori* si las decisiones adoptadas fueron correctas o no: *“Un granjero aislado puede decidir fácilmente si aumentará sus cacerías o sus cultivos. En tales casos, los procesos de producción que tiene que tomar en cuenta son relativamente breves. Los gastos que demandan y el producto que entregan pueden estimarse simplemente en conjunto. Pero decidir si se utilizará una caída de agua para la producción de electricidad, o para expandir una mina de carbón y aprovechar la energía contenida en el carbón, ya es cosa muy distinta. En tal caso los procesos de producción son tan largos y variados, las condiciones requeridas para el éxito de la empresa*

son tan múltiples, que ya no bastan las ideas vagas, sino que se requieren estimaciones más exactas [...]”²⁷⁸.

3.5. Economía de mercado y competencia en sentido amplio.

Resulta materialmente posible hacer frente a la incertidumbre y a la consecución de fines mediante la coordinación centralizada y coactiva de las relaciones económicas: un sistema de planificación central. No obstante, incluso en los sistemas económicos que recogen este principio, en cuanto los individuos tengan posibilidades reales de actuar y perseguir sus fines propios, aunque sea dentro un rango muy limitado de conductas, tenderán a interactuar con otras personas y a generar espontáneamente instituciones sociales. Esto es lo que sucede al interior de empresas y organizaciones en las que rige el principio de la asignación centralizada de recursos, o en contextos en los que estaría prohibido cooperar. AXELROD narra, por ejemplo, la cooperación espontánea y tácita surgida entre soldados de bandos contrarios durante la Segunda Guerra Mundial, denominada “sistema *live and let live*”, consistente en no “dispararse a matar” (*shoot to kill*); es decir, en disparar deliberadamente sin intención de causar daño²⁷⁹.

Una *economía de mercado* es el sistema opuesto al de planificación centralizada: un proceso social en el cual los individuos interactúan voluntariamente y ajustan sus comportamientos al logro de sus fines. Decimos que es un *proceso social* porque no es una estructura estanca de relaciones, sino que consiste de las acciones e interacciones humanas que constantemente se originan, modifican y extinguen en el tiempo conforme los actores perciben nueva información acerca de los fines que consideran valiosos y de las diversas maneras para alcanzarlos, siempre en un contexto de incertidumbre. Es *espontáneo* porque estas acciones e interacciones no se determinan centralizadamente ni aspiran todas ellas a un fin común deliberado y específico; al contrario, es un *orden de origen descentralizado* que aprovecha

²⁷⁸ MISES, Ludwig von. *Economic Calculation in the Socialist Commonwealth* [1920]. Ludwig von Mises Institute, 1990. Pág. 08 (Traducción libre).

²⁷⁹ AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Basic Books Inc. Publishers. Nueva York, 1984. Págs. 73 y ss.

la información contextual de primera mano que tienen los individuos acerca de los fines que desean alcanzar y los medios que están dispuestos a costear.

Si bien la *competencia* es una característica inherente a una *economía de mercado*, existe en cualquier orden espontáneo que pueda desarrollarse en la sociedad, ya que en todos los ámbitos –económicos o no- de la vida social existe un proceso creativo por el que se generan diversas *maneras* de alcanzar los fines perseguidos, *maneras* que subsisten y se desarrollan mientras los individuos las adopten efectivamente, desechando otras. Esta inexorable *elección de conductas* -y exclusión de otras- es inherentemente *rival*. *El proceso de rivalidad en el que están inmersos todos individuos es la noción más general de competencia, y –tal como ya indicáramos- se manifiesta en todos los ámbitos de la interacción humana.* Así pues, las religiones, las ideologías, la educación, las monedas, las normas, etc. son expresiones de órdenes que desarrollan *competitivamente* diversas maneras de lograr sus fines valiosos, a saber: las diferentes religiones ordinariamente reconocen y se someten a un Ser Superior, estableciendo la relación entre Éste y los hombres; las diversas ideologías procuran comprender y mejorar el mundo social; la competencia en la educación ha arrojado diversos tipos de conocimientos y programas de aprendizaje que tienen por objeto la formación intelectual de los individuos; la generación monedas surge a fin de superar los costos del intercambio directo; los sistemas jurídicos y las diversas normas se van formando para evitar conflictos y alcanzar la paz social, etc. En todos estos ámbitos existe competencia, en cuanto involucran a seres humanos que eligen, en un proceso prolongado, ciertas *maneras* de alcanzar todos esos objetivos y excluyen otras.

Una teoría de la competencia en el ámbito económico -que no es sino la aplicación de esta noción genérica a los intercambios y a los precios- debe explicar cómo los empresarios, en un contexto de incertidumbre, pugnan entre sí por coordinar mejor que otros la producción de bienes con las demandas de los consumidores y así lograr ganancias. Vale la pena volver a reproducir a ARMENTANO, para quien: “[E]l problema económico reside en explicar cómo funciona el proceso competitivo de descubrimiento y ajuste para coordinar la

*demanda anticipada con la oferta en un mundo de información imperfecta. Por lo tanto, excluir de los análisis las expectativas disímiles y el cambio dinámico es ignorar todos los problemas reales asociados a la competencia y el proceso de asignación de recursos*²⁸⁰.

Como podrá notarse fácilmente, esta formulación del problema económico y de la competencia incorpora íntegramente los problemas inherentes a la incertidumbre y al dinamismo propio de los mercados reales. Así también, es radicalmente distinta a las usuales nociones de competencia, donde se asume que toda la información sobre los fines valiosos de los individuos y los medios para alcanzarlos está *dada, concentrada y disponible para analizarlos, ordenarlos y asignarlos*: condiciones que, de ser posible, serían óptimas para la actuación de una agencia de competencia. No obstante, dicha noción erradica de plano la incertidumbre y, con ello, la verdadera cuestión problemática en la sociedad²⁸¹.

La competencia entendida bajo esta perspectiva dinámica es la que permite que los precios sean ajustados o corregidos constantemente, en función al aprendizaje y a los nuevos conocimientos que los empresarios hayan podido adquirir²⁸². Dado que el flujo de conocimiento es permanente, no podemos sino concluir que el cambio y las situaciones de desequilibrio en la estructura de precios son fenómenos *connaturales* a la economía de mercado y al proceso competitivo, pero aún más importante, que estas situaciones de descoordinación son percibidas continuamente por los empresarios como diferencias de precios (costo-precio) que explotar, que les mueven a actuar

²⁸⁰ ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust. The Case for Repeal*. 2da. Edición. The Ludwig von Mises Institute. Pág. 33.

²⁸¹ En la misma línea, ARMENTANO: "*La competencia no es simplemente una optimización mecánica con constantes conocidas, sino que es visto como un proceso exploratorio donde las oportunidades de ganancias son descubiertas y explotadas en el tiempo bajo condiciones de incertidumbre*" ARMENTANO, Dominick. *Antitrust and Monopoly. Anatomy of a Policy Failure*. Segunda Edición. The Independent Institute. Oakland, 1996. Pág. 14. (Traducción libre)

²⁸² Sobre el hecho que los nuevos precios incorporan lo aprendido y así potencian su carácter coordinativo, dice KIRZNER: "*Si los precios de mercado son capaces de servir, en un momento cualquiera, como señales razonablemente útiles para encaminar estas decisiones independientes hacia un diseño coordinativo, es porque son manifestación del curso anterior seguido por este proceso de modificación de aprendizaje y descubrimiento espontáneos*". KIRZNER, Israel. *Creatividad, capitalismo y justicia distributiva*. Unión Editorial (Traducción de Federico Basáñez Agarrado). Madrid, 1995. Pág. 147.

consecuentemente para aprovecharlas de manera rival, provocando -sin desearlo necesariamente- un proceso de ensayo y error que tiende a la coordinación entre las actividades productivas de los empresarios y los fines de los consumidores. La ignorancia o incertidumbre, el cambio (desequilibrio) y la creatividad son, pues, propiamente la fuente de los beneficios empresariales.

3.6. Estructura productiva y estructura de precios.

Una teoría de la competencia restringida al ámbito económico requiere una explicación más detallada de los conceptos de estructura productiva y estructura de precios, ya que sobre éstas se llevan a cabo propiamente las conductas competitivas que conforman el proceso competitivo.

Como es bien sabido, en vez de producir directamente la totalidad de bienes que satisfacerían sus fines, los individuos han aprendido evolutivamente que les conviene más -en términos de productividad- especializarse en la producción de un número pequeño de bienes sobre cuya producción ostentan ventajas relativas, para luego intercambiar estos bienes por aquéllos que realmente necesitan y que han sido producidos por otros individuos. *“La experiencia enseña al hombre que la acción cooperativa tiene una eficacia y es de una productividad mayor que la actuación individual aislada. Las condiciones naturales que determinan la vida y el esfuerzo humano dan lugar a que la división del trabajo incremente la productividad por unidad de esfuerzo invertido”*²⁸³. Así por ejemplo, el abogado brinda ciertos servicios en los que se ha especializado y su profesión le permite obtener bienes o medios de intercambio (dinero) que posteriormente utilizará para intercambiarlos por otros bienes que necesita para su consumo directo o para cualquier otro fin mediato: vivienda, vehículo, alimentación, vestimenta, etc. Si el mismo individuo se dedicara a fabricar su propia vivienda, su propio medio de transporte, sus alimentos, etc., entonces de seguro sería muchísimo menos productivo y obtendría bienes de muchísima menor calidad para satisfacer sus necesidades. Sería prácticamente imposible para él construirse una casa de material noble

²⁸³ MISES, Ludwig von. *La Acción Humana. Tratado de Economía*. Octava edición. Unión Editorial. Madrid, 2007. Pág. 189.

tal y como las conocemos en la actualidad, pues el proceso de producción de cada uno de los materiales de construcción, herramientas y demás es complejísimo²⁸⁴. Esta *división del trabajo* no es más que la manifestación de un fenómeno más general al cual ya hemos hecho referencia líneas arriba: la *división del conocimiento*; esto es, el proceso por el cual las personas aprenden y crean información nueva dentro de sus propios contextos, circunstancias particulares y ámbitos de interés, y los profundizan volviéndose más duchos y productivos. La *división del conocimiento* es, pues, la versión más refinada y ajustada al subjetivismo metodológico de la original *división del trabajo* enunciada célebremente por Adam Smith: “*Dada la limitada capacidad de asimilación de información por parte de la mente humana, así como el volumen creciente de constante creación de nueva información por parte del proceso social movido por la fuerza empresarial, es claro que el desarrollo de la sociedad exige división del conocimiento. Esta idea, que originariamente fue enunciada en una versión torpe y objetivista, con la denominación de división del trabajo, quiere decir, simplemente, que el proceso de desarrollo supone, desde el punto de vista vertical, un conocimiento cada vez más profundo, especializado y detallado, que exige para su extensión horizontal un volumen cada vez mayor de seres humanos (es decir, un incremento constante de la población). Este crecimiento de la población es, a la vez, consecuencia y condición necesaria para el desarrollo de la civilización, dado que la capacidad de la mente humana es muy limitada y no es capaz de duplicar el enorme volumen de información práctica que sería preciso si ésta empresarialmente*

²⁸⁴ Leonard E. READ escribió un pequeño ensayo acerca de la complejidad del proceso productivo de un simple lápiz, concluyendo que nadie podría conocer ni siquiera cómo fabricar este –aparentemente simple- bien: “¿Quiere alguien desafiar mi afirmación inicial de que ningún individuo sobre la tierra sabe cómo fabricarme? En realidad, millones de seres humanos han participado de mi creación, cada uno de los cuales conoce sólo muy poco del resto. Podrán decir tal vez, que voy demasiado lejos al incluir entre ellos a quienes cosechan café en el Brasil y a quienes elaboran alimentos en cualquier otra parte del mundo, como participes de mi nacimiento. Pueden incluso llegar a sostener, que la misma es una posición muy extrema. Pese a ello, debo mantener mi aserto anterior: No hay un sólo individuo entre todos esos millones de seres, incluyendo al presidente de la compañía de lápices, que contribuya a mi elaboración más que con una infinitesimal parte de conocimiento o know-how. La única diferencia que existe entre el minero que extrae el grafito en Ceylan y el leñador de Oregon está en el tipo de know-how que ambos poseen. Ni el minero ni el leñador pueden ser dejados de lado” Ver: “Yo, el lápiz”, originalmente publicado como “I, Pencil: My Family Tree as Told to Leonard E. Read” en The Freeman, diciembre de 1958.

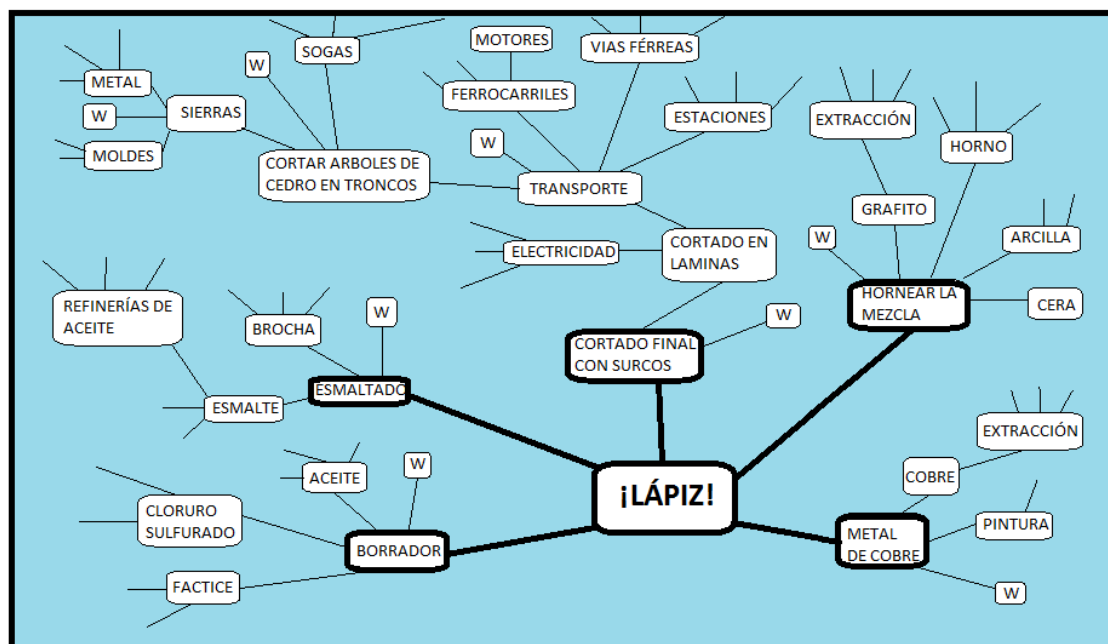
*crea de manera continuada y no aumenta en paralelo el número de mentes y seres humanos*²⁸⁵.

Este proceso forja permanentemente, gracias a adaptaciones individuales y marginales, una *estructura productiva* y una *estructura de precios*. Por “estructura productiva” queremos indicar que en un momento histórico determinado existe una distribución espontánea de las tareas productivas y del aprovechamiento de información relevante dentro del complejo sistema económico de una sociedad, que se encuentra en constante ajuste de acuerdo con las posibilidades de mejor reasignación de tareas que puedan percibir los individuos. Así, en la estructura productiva de una sociedad competitiva existe un conjunto de individuos que, de manera coordinada o no, están dedicados exclusivamente a la producción de bienes del orden más superior (más alejados temporalmente de los bienes finales) -tales como la extracción de minerales o la investigación y desarrollo- que posteriormente servirán para la producción de bienes de orden inferior, a la cual están avocados otros individuos. Lo importante para todos ellos desarrollan conocimiento práctico y relevante de aquellas circunstancias, técnicas y usos relativos a la producción de dichos bienes, sin que necesariamente deban preocuparse por informarse cómo funciona toda la cadena de producción *downstream* (aguas abajo) o *upstream* (aguas arriba), según sea el caso; es decir, de cómo funciona en detalle el complejo entramado productivo de los demás bienes.

Con el propósito de ilustrar la noción *estructura productiva* hemos graficado de una manera muy somera el proceso económico social que se requiere para producir un lápiz (ver gráfico en la página siguiente). Lo primero que debe resaltarse es *lo complejo* que resulta la producción de un bien aparentemente tan simple, así como la cantidad de información teórica y práctica requerida para producir cada uno de los bienes de orden superior. En el gráfico se ilustra cómo cada uno de los bienes de orden superior -o factores de producción- es producto de por un proceso productivo en el cual se requieren bienes complementarios y además bienes de órdenes más altos; y que a su vez, cada

²⁸⁵ HUERTA DE SOTO, Jesús. *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*. Tercera Edición. Unión Editorial. Madrid, 2005. Págs. 80-81.

uno de éstos ha pasado por un proceso productivo que ha requerido la producción de otros bienes complementarios y bienes de órdenes incluso más altos, teniéndose como resultado un ramillete de procesos productivos que se interconectan entre sí formando una gran red económica que involucra a toda la sociedad. A eso nos referimos con la idea de *estructura productiva*.



La complejidad de la estructura productiva de los lápices nos permite tener una noción aproximada de la mayor complejidad de la producción de todos los demás bienes de primer orden (bienes de consumo) que existen en el mercado. Para contrastar el ejemplo del lápiz, piénsese en la producción de monstruosas máquinas excavadoras utilizadas en minería o los equipos de resonancia magnética (bienes de orden superior), así como en la producción de *tablets* y autos deportivos (bienes de primer orden). Por cada uno de éstos existe una red de ramificaciones productivas que han debido efectuarse con anterioridad, y que continúan realizándose, modificándose y mejorándose para garantizar la provisión de estos bienes en el futuro.

Además de la complejidad de la estructura productiva, lo dicho pone en relieve que esta estructura necesariamente se desarrolla *en el tiempo*, es decir, que la producción de cualquier bien se lleva a cabo inexorablemente mediante etapas

sucesivas en el tiempo. Sólo incorporando esta noción a nuestros análisis podremos comprender por qué es tan errado pretender explicar el proceso competitivo mediante el análisis comparativo de estados de equilibrio, donde todas las variables y factores actúan simultáneamente. Para agregar complejidad a lo que ya es complejo, la estructura productiva no sólo toma tiempo en desenvolverse, sino que es *dinámica*; vale decir, que los planes originales de los individuos que participan en cada porción de dicha estructura productiva pueden modificarse, pues a mitad del proceso es posible reasignar recursos (bienes de orden superior) a usos cuyo valor no había sido percibido antes, o debido al descubrimiento de métodos más económicos para producir los mismos bienes de orden inferior. En nuestro gráfico, alguien podría descubrir que los lápices de plástico son más atractivos para los consumidores que aquéllos tradicionales lápices hechos de madera, y consecuentemente, decide adquirir los factores necesarios para su producción. Al hacerlo, competirá por la obtención de los insumos necesarios y también competirá con otros en la venta de los lápices una vez terminados; pero además, también habrá contribuido a modificar la estructura productiva primigenia del tradicional lápiz de madera.

Pero lo más sorprendente de nuestro gráfico es que toda esta compleja estructura productiva es consecuencia *espontánea* de interacciones humanas mediante las cuales los individuos aprovechan el conocimiento contextual que poseen. Así pues, de ordinario, quien produce los bienes de órdenes más superiores –entiéndase la extracción de minerales como cobre o grafito– aprovecha un conjunto de conocimientos contextuales que va a generando con el tiempo y la práctica dentro del ámbito productivo elegido, sin entender con detalle cómo estos minerales van a ser utilizados en la producción de otros bienes tales como ferrocarriles, máquinas para cortar madera, el contenido de los lápices o sus pequeñas láminas de metal que sostienen los borradores. Tampoco el que se dedica al negocio de transporte de troncos de madera conoce con detalle cómo se extraen minerales o cómo se producen ferrocarriles; ni quien produce las sogas que se usarán para el transporte de los troncos conoce cómo se hacen los surcos al interior de los lápices para ser luego rellenos con una mezcla de grafito, arcilla y cera mexicana. Ninguno

de ellos posee toda la información necesaria. Dada la información incompleta para cada actor, el nivel de coordinación social que ha permitido la sofisticación de las estructuras productivas actuales es casi un milagro.

Veamos ahora la estructura de precios. Los intercambios iterativos entre los compradores y vendedores de las diferentes partes de las diversas cadenas de producción generan una *estructura de precios* dentro de un espacio y tiempo determinados; es decir, un conjunto de precios referenciales arrojados espontáneamente para cada bien de primer orden y de órdenes superiores. Al igual que la *estructura productiva*, la *estructura de precios* es no es una “estructura” en el sentido de un organización estática, sino más bien es una organización de precios en permanente cambio gracias a que cada intercambio realizado contribuye en los cambios marginales y las tendencias que se dan en dicha *estructura de precios*. Así, en un momento y lugar determinados se puede observar un conjunto de precios de materias primas o *commodities*, de productos agrícolas (café, tubérculos, frutas, verduras, etc.), de carnes, de libros, computadoras, artefactos eléctricos, de automóviles, de maquinaria agrícola, de servicios profesionales, etc.

Estos precios no se forman en el caos ni de manera absolutamente aleatoria, sino que responden a una serie de “leyes”, fuerzas determinantes o tendencias que constantemente ajustan la estructura de precios vigente de acuerdo a la nueva información que los empresarios y consumidores perciban. Según BOHM BAWERK²⁸⁶, si bien los precios siempre surgen de y reflejan las valoraciones subjetivas del ofertante y el demandante, su determinación concreta es mucho más estrecha que el rango existente entre estas dos valoraciones; ya que, además, está sujeta a la influencia proveniente de: (1) la rivalidad entre los diversos demandantes, quienes pugnan por obtener los bienes ofrecidos en el mercado ofreciendo pagar más que los demás, empujando el precio hacia arriba y excluyendo así a aquéllos que tienen menos

²⁸⁶ Ver: BOHM BAWERK, Eugen von (1888). *The Positive Theory of Capital*. G.E. Stechert & Co. Nueva York, 1930. Págs. 193 y ss.

“capacidad de intercambio”²⁸⁷; y (2) la rivalidad entre los diversos ofertantes, quienes pugnan por colocar sus bienes entre los demandantes ofreciendo cobrar menos, empujando el precio hacia abajo y excluyendo así a aquéllos que tienen menor “capacidad de intercambio”²⁸⁸. *Esta pugna bilateral por la cual se empuja el precio hacia arriba y hacia abajo, respectivamente, tiene el efecto de estrechar el rango de precios entre la valoración de los competidores que sí lograron realizar el intercambio, ajustada por la valoración de los competidores excluidos que menos interés tuvieron en celebrar el intercambio.* Dicho de otro modo, si bien todo precio se fija en un rango formado entre valor del bien para el ofertante y el valor del bien para el demandante, la rivalidad entre los propios ofertantes y entre los propios demandantes tiende a que el precio se ubique en un rango menor, correspondiente al valor que las parejas marginales (pareja ofertante-demandante que menos ganan con el intercambio) le asignan al bien.

Como corolario de estas fuerzas, y tomando en consideración básicas nociones sobre teoría monetaria, las principales leyes de tendencia que se dan en la formación de los precios son las siguientes:

1. Mientras más amplia la demanda (mayor número de demandantes), el precio final tiende a aumentar. Como ya dijimos anteriormente, esto no contradice la afirmación de que todo precio refleja el valor de ambos individuos, sino que únicamente estrecha el rango de posibilidades sobre el cual el precio final se fijará.
2. Mientras mayor valor (utilidad marginal) se le dé al bien por parte de los compradores, el precio tiende a aumentar.
3. Mientras el comprador más valore el medio de intercambio (la moneda), el precio tiende a disminuir.
4. Mientras más amplia la oferta (mayor número de ofertantes), el precio tiende a disminuir.

²⁸⁷ La “capacidad de intercambio” de un individuo expresa la relación entre el valor de lo que está dispuesto a dar y el valor de lo que está dispuesto a recibir. Si A está dispuesto a pagar 100 soles por un perro, y B está dispuesto a pagar 120 soles por el mismo perro, entonces B tiene mayor capacidad de intercambio que A.

²⁸⁸ En el caso de los ofertantes, tiene mayor “capacidad de intercambio” quien está dispuesto a vender el mismo bien por menos cantidad de dinero.

5. Mientras mayor valor los ofertantes asignen los bienes que ofrecen, el precio tenderá a aumentar.
6. Mientras mayor valor los ofertantes le den al medio de intercambio, el precio tenderá a disminuir.

Esta caracterización de la leyes de tendencias que se dan en la formación de la estructura de precios ya asume implícitamente el rol fundamental del empresario en la reestructuración permanente del mercado y la noción de competencia como proceso de descubrimiento. A continuación, articularemos la naturaleza y características del rol empresarial por cuanto dotará de contenido teórico a las “acciones empresariales competitivas” que forjan el proceso competitivo.

3.7. Descubrimiento y función empresarial.

La formación de la estructura productiva y la estructura de precios se da necesariamente debido a interacciones humanas concretas que marginalmente modifican las estructuras primigenias introduciendo cambios paulatinos en ellas. Bajo este perenne proceso de formación, subyace un proceso de descubrimiento de información que usualmente pasa desapercibido, pero que sin embargo es de gran importancia y explica cada una de las leyes de tendencia antes mencionadas, así como su necesario carácter dinámico.

Ya habíamos dicho que la creación o descubrimiento de información es connatural al ser humano. Si bien cualquier proceso productivo requiere de una serie de condiciones materiales dadas, es requisito *sine qua non* de cualquier acción el haberse percatado o haber descubierto la *idoneidad* de tales condiciones materiales dadas para satisfacer determinados fines valiosos; información que antes no estaba disponible. Cuando Percy Spencer, el inventor del horno microondas, trabajaba en un generador de altas frecuencias para usarlo como radar, *no sabía* que la misma máquina le serviría también para calentar todo tipo de comidas. En ese caso, si bien existían condiciones materiales para el invento del horno microondas, estas condiciones no eran suficientes para la emergencia del invento y la consecuente producción de

estos artefactos. Era preciso que él *descubra* que las mismas ondas de su radar servirían para provocar calor en ciertos cuerpos y que dicho mecanismo podría ser utilizado para *finis de cocción* si se confinaba en un pequeño horno. En otras palabras, era necesario que descubra un conjunto de conocimientos para poder actuar y alcanzar así ciertos beneficios. Todas las acciones humanas requieren de este tipo de descubrimiento²⁸⁹.

Cuando aplicamos esta noción de *descubrimiento* al proceso de mercado, deducimos que cada precio pagado en el mercado o cada ingreso percibido forma parte de un complejo sistema de procedimientos de descubrimiento; o dicho en otros términos, que cada transacción es resultado de descubrimientos simultáneos realizados por todas las partes involucradas²⁹⁰. Incluso en un simple intercambio no monetario: Sabemos *a priori* que para que exista intercambio es necesario que ambas partes valoren de forma distinta e inversa los bienes a intercambiar; sin embargo, si las partes no supieran *-descubrieran-* que tales condiciones efectivamente se cumplen y que el intercambio constituye una oportunidad de mutuo beneficio, entonces simplemente no existirían intercambios.

Ahora bien, es necesario puntualizar que este tipo de descubrimiento puede hacerlo un tercero ajeno al potencial intercambio, quien habiendo descubierto el potencial beneficio del mismo, haga las veces de *intermediario*, de tal modo que no sean dos -sino tres- las partes que se beneficien del trato. Veamos un ejemplo de este mecanismo: A desea un kilo de manzanas y estaría dispuesto a pagar 5 soles por él. B produce manzanas y estaría dispuesto a vender cada

²⁸⁹ Dentro del contexto de los procesos sociales, “*descubrir*” una oportunidad equivale a “*crearla*” de la nada, *ex nihilo*. Esto es cierto en dos sentidos:

(i) Lo que se descubre es información que no existía antes. Notar la existencia física de algo y su potencial como medio es *adquirir* un conocimiento que antes no existía. Si bien puede decirse que dicha información bien podía existir antes de su descubrimiento (esperando a ser “descubierta” y por ende no es creada de la nada), lo importante es que el descubrimiento no deliberado no está garantizado por la sola “existencia” de la información objetiva, sino que es la perspicacia lo que permite advertirla e *incorporarla* al mundo humano como novedad.

(ii) El otro sentido es que si bien podían existir cosas físicas con potencial para servir como medios, es sólo la capacidad de darse cuenta de este potencial lo que les infunde la calidad de medios y por tanto, de *valor*. Así, “*el valor creado por el descubrimiento de unos tabloncillos hasta ahora sin valor fue creado ex nihilo*” KIRZNER, Israel. *Creatividad, Capitalismo y Justicia Distributiva* P. 90

²⁹⁰ KIRZNER, Israel. *Creatividad, Capitalismo y Justicia Distributiva*. Op. Cir. Pág. 126.

kilo por tan sólo 2 soles. Dadas estas condiciones, sabemos que es posible un intercambio que resulte beneficioso tanto para A como para B, si ambos fijaran un precio entre 2 y 5 soles. Si tomamos en cuenta un contexto de incertidumbre, vemos que para la celebración efectiva de este intercambio resulta imprescindible que *alguien* (i) conozca estas condiciones y, además, (ii) *descubra* que son *idóneas* para producir beneficios netos. Digamos que C entra en escena y conoce de las necesidades de A, así como del negocio de B. Si C descubre la *potencialidad* del intercambio, entonces podrá comprarle a B el kilo de manzanas por 3 soles, con lo cual beneficia a B (quien habría vendido por cualquier precio superior a 2 soles), y posteriormente vender el mismo kilo de manzanas a favor de A, por un precio de 4 soles, con lo cual también beneficia a A (quien habría comprado por cualquier precio menor a 5 soles). Por la operación, C también se benefició, pues compró por 3 soles y vendió por 4.

El ejemplo ilustra cómo C, tercero ajeno al potencial intercambio original, pudo sacar provecho de la información que percibió y que no había sido percibida ni por A ni por B. Al final, el kilo de manzanas terminó en manos de quien más lo valoraba (A), pero la idea más importante que debe ser retenida a efectos de explicar el proceso competitivo consiste en el descubrimiento de posibilidades de *beneficio puro* y las consecuentes interacciones a que dio lugar. *Asimismo, nuestro ejemplo muestra que las ganancias resultantes de un intercambio no tienen por qué ser estrictamente explicables o justificadas en términos de realidades económicas objetivas o materiales: C no produjo nada desde el punto de vista material, sin embargo, su descubrimiento y actuación fueron decisivas para lograr el resultado beneficioso para todas las partes involucradas. Gracias a su perspicacia, C logró lo que se denomina un beneficio empresarial puro.*

Ahora veamos cómo este proceso de descubrimiento explica las tendencias en la formación de la estructura de precios. Habíamos señalado que los precios tienden a reflejar las valoraciones de las parejas marginales, es decir aquellas que tienen menor “capacidad de intercambio” o interés en el mismo y que dicho resultado se logra debido a que los demandantes pugnan entre ellos por los bienes ofertados, eliminando a quienes tienen menor “capacidad de

intercambio" (disposición a pagar), mientras que los ofertantes hacen lo propio. Si 5 personas desean adquirir una computadora de características determinadas y en el mercado sólo existen 3 ejemplares de la misma, entonces las 5 personas tenderán a eliminar mediante sus ofertas a los 2 demandantes que tienen menos "capacidad de intercambio" y el precio final se fijará entre el valor de la computadora para el último comprador (*comprador marginal*) y el valor de la computadora para el demandante que no pudo comprar (*último comprador excluido*). ¿Dónde está el proceso de descubrimiento en estas tendencias? El proceso de descubrimiento se manifiesta debido a que *las "capacidades de intercambio" de los participantes en el mercado no constituyen una información objetiva y dada por igual a todos los participantes*, sino que en la interacción iterativa ellos van descubriendo la "capacidad de intercambio" de los demás. Un primer intercambio a favor de alguien con menor "capacidad de intercambio" que otros demandantes puede resultar ser un "error" que tenderá a corregirse en cuanto dicho comprador se *percate* que existen otras personas que están dispuestas a pagar más de lo que él pagó por el mismo bien. En este caso, el primer comprador se da cuenta que tenía menor "capacidad de intercambio" que otros y que por tanto le conviene *revender* el bien a un *precio mayor*, con lo cual, su acción *empuja el precio original hacia arriba*. Pero no sólo él, sino cualquier otro ofertante o demandante puede percatarse de este primer intercambio "erróneo" y actuar para corregirlo, traspasando el bien hacia usos más valiosos y empujando consecuentemente el precio hacia arriba. Por otro lado, si los vendedores se dan cuenta que el precio inicialmente convenido con algunos primeros compradores es demasiado alto, generándose en riesgo de quedarse con stock sin vender, tenderán entonces a reducir sus precios. En este caso, se darán cuenta que existen potenciales compradores con suficiente "capacidad de intercambio" para celebrar intercambios beneficiosos. *Ambas tendencias de la formación de precios se explican por descubrimientos de que el precio estaba "errado", pues dándose las condiciones de mayor intercambio mutuamente beneficioso, los individuos no se daban cuenta de esta oportunidad.* Sobre el particular, KIRZNER concluye que *"el proceso por el que la ley de la oferta y la demanda empuja el precio del mercado hacia el equilibrio es realmente un proceso de descubrimiento espontáneo. En cada momento, el*

*precio expresa lo que los compradores y vendedores han aprendido hasta entonces*²⁹¹.

Vale precisar que cuando hemos aludido a “errores” simplemente nos referimos a que desde la perspectiva del actor ciertos intercambios no debieron celebrarse o bien ciertas condiciones materiales deberían convertirse en intercambios. No es, pues, una calificación objetiva, sino se trata propiamente de un juicio de valor que sólo el empresario, dentro de su contexto y conocimientos de circunstancias particulares, puede realizar. El “error”, tal como ya dijimos antes, es sólo otra manera de referirnos a la creatividad o al descubrimiento de información que no estaba disponible antes al empresario. Es esta nueva información y la expectativa de una situación mejor lo que empuja a una acción “correctiva” o “coordinadora” por parte del empresario, quien enfrentado con la inerradicable incertidumbre, deberá asumir ganancias si sus expectativas resultaran correctas, o pérdidas, si no fuera así. ¿De qué depende su éxito o su fracaso? De que su plan se cumpla, por supuesto. El plan del empresario se cumplirá si y sólo si convence a los consumidores que la reasignación de recursos que él propone es mejor que la estructura productiva actual. Los consumidores “votarán” con sus compras, de acuerdo a sus propios conocimientos sobre circunstancias particulares y determinarán si el empresario estaba en lo correcto o no.

Así pues, *la función empresarial*, en un sentido amplio, consiste siempre en “descubrir y apreciar (aprehendo) las oportunidades de alcanzar algún fin o, si se prefiere, de lograr alguna ganancia o beneficio que se presentan en el entorno, actuando en consecuencia para aprovecharlas”²⁹². Estos descubrimientos se traducen en acciones subsecuentes y concretas que consisten en modificar deliberadamente la estructura productiva y los precios vigentes, habida cuenta que el actor considera que existe una utilización sub-óptima de ciertos factores productivos, que éstos están siendo utilizados en líneas de producción erróneas, o bien que existen diferencias de precios que

²⁹¹ *Ibídem*. Pág. 133.

²⁹² HUERTA DE SOTO, Jesús (1992). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Tercera Edición. Unión Editorial. Madrid, 2005. Pág. 51.

permitirían *arbitraje intratemporal* o *intertemporal*. En consecuencia, el empresario adquiere factores de producción mediante arreglos contractuales voluntarios con sus propietarios, y los ubica en sectores de la estructura productiva donde son más valiosos, lo que incluye –por supuesto- la posibilidad de utilizarlos él mismo en sus propios procesos de producción creados o administrados por él. El *quid* en la generación de este *beneficio puro* radica en que el empresario tiene la expectativa que podrá adquirir factores de producción a un costo total menor que el ingreso que obtendrá iniciando un proceso productivo y vendiendo lo producido en el futuro.

Veamos cómo esta noción de función empresarial opera en un caso real: Como consecuencia de la apertura de una nueva universidad, “A” se percató que los alumnos no tienen dónde adquirir comida cerca de la universidad, por lo que desperdician tiempo en ir a sus casas luego de tomar clases matutinas, comer y retornar nuevamente a clases de la tarde. Ante tal situación, decide poner un restaurante para universitarios. Esta acción empresarial implicó necesariamente que, mediante arreglos contractuales, “A” reasigne recursos que antes estaban siendo utilizados en otros fines: el inmueble donde ahora se expende comida era antes una playa de estacionamiento; el cocinero que ahora prepara las comidas trabajaba antes en otro restaurante por un menor salario o condiciones; el vigilante del restaurante estaba antes desempleado; el dinero utilizado para comprar los bienes de capital (cocina, mesas, vajilla, etc.) estaba ganando antes ínfimos intereses en un banco comercial, etc. Pero esta reasignación de recursos hacia usos más valiosos se da gracias a que “A”, ejerciendo su función empresarial, pudo darse cuenta de una descoordinación en la estructura productiva y en los precios dentro del contexto descrito; vale decir, que existía una necesidad insatisfecha por parte de los alumnos universitarios, que existían condiciones materiales para satisfacerla y que, sin embargo, nadie había actuado para poner las condiciones materiales al servicio de la satisfacción de la necesidad.

Lo mismo puede decirse de toda la actividad económica que usualmente surge alrededor de las universidades: centros de fotocopiado, servicios de computación e Internet, librerías, kioscos, lugares de entretenimiento como

billares, bares, lounges, etc. Cada uno de ellos representa el descubrimiento de oportunidades de beneficio puro, cuyo aprovechamiento modifica deliberadamente la estructura productiva y la estructura de precios vigentes hasta entonces, reasignando recursos hacia procesos productivos considerados mejor coordinados con las preferencias de los consumidores (estudiantes).

Otro ejemplo. “B” acaba de concebir un producto novedoso “Triple X” que considera será muy atractivo para los consumidores. Está consciente que debe investigar un poco más sobre su utilidad, hacer algunas pruebas, montar una fábrica para su producción en masa, etc. y que para todo ello requerirá una ingente cantidad de recursos a lo largo de un período de tiempo (*periodo de producción*). Confía en que podrá adquirir contractualmente todos estos recursos, incluido el recurso humano, a un costo total menor que el flujo de ingresos que obtendrá gracias a los precios que *anticipa* que podrá cobrar a los consumidores una vez producido “Triple X”. Este ejemplo, que bien podría aplicarse al caso de Bill Gates, Steve Jobs, y de cualquier otro innovador que ha mejorado la vida de millones de individuos, ilustra los casos en que el empresario percibe oportunidades de ganancia cuando se embarca en un proceso productivo novedoso, creado por él *con la expectativa de que lo producido será suficientemente valorado por los consumidores como para cubrir todos los costos y generarle, además, beneficios puros*. En estos casos, el empresario se vale de las instituciones sociales –como el sistema de precios que le permiten calcular monetariamente sus acciones- y de su particular comprensión para *anticipar* (especular) que en el futuro los consumidores estarán dispuestos a pagar por la costosa reasignación de recursos que él debe afrontar el día de hoy.

La acción empresarial que sigue al descubrimiento de oportunidades de beneficios no sólo implica la adquisición de factores de producción para utilizarlos en líneas de producción propias, sino que también pueden consistir en la mera reasignación de factores y de bienes finales aprovechando las *diferencias de precios* que manifiesten que demandantes con mayor “capacidad de intercambio” no han satisfecho sus demandas. En estos casos,

con el fin de aprovechar las diferencias de precios que observa con respecto de un mismo bien (digamos, 10 y 20), el empresario adquiere un stock de bienes al precio menor (10) con la intención de revenderlos al precio mayor (20). Este arbitraje puede ser *intratemporal*, cuando la compra de bienes y su posterior venta se realizan dentro de un mismo período de tiempo; o *intertemporal*, cuando la diferencia de precios se manifiesta en dos períodos de tiempo distintos (10 hoy, 20 en el futuro), de tal modo que el empresario debe comprar a un precio bajo el día de hoy (10) y esperar un período de tiempo para revender a precio alto (20). Veamos un recurrente ejemplo de este tipo de acción empresarial: Debido a recurrentes viajes que forjan en él un conjunto de conocimientos prácticos, el empresario “C” se *da cuenta* de que ciertos artefactos se venden en los Estados Unidos a un precio mucho menor que el precio de los mismos bienes en el Perú, a pesar de que los costos de transporte parecerían no justificar la brecha de precios. Con esta información de precios, “C” se percata que esta diferencia de precios es aprovechable si compra un stock de tales artefactos en los Estados Unidos, los importa al Perú, y los revende a un mayor precio. ¿Dónde está el descubrimiento? *En haberse dado cuenta de que existían condiciones materiales para una reasignación provechosa de bienes.* ¿Dónde está la reasignación de bienes hacia usos más valiosos? En que ahora los artefactos en cuestión están dirigidos a satisfacer las necesidades de los peruanos, en vez de las de los estadounidenses, habida cuenta que aquéllos están pagando mayores precios que éstos. Habiendo actuado para alcanzar los fines percibidos, nuestro empresario “C” habrá modificado la estructura productiva –Vg. incrementando la demanda por transporte aéreo o marítimo y todos sus servicios complementarios- y los precios primigenios.

De modo similar, podríamos preguntar ¿dónde está el proceso de descubrimiento cuando dos ó más empresarios compiten en el mismo rubro y pretenden obtener mayores ganancias ofreciendo bienes a los consumidores en mejores condiciones que los demás? Satisfacer mejor a los consumidores requiere de una serie de decisiones concretas que no están resueltas desde un comienzo; sino que, al contrario, se van adoptando deliberadamente de acuerdo a las circunstancias concretas que cada empresario enfrenta. En

función a sus expectativas y al desempeño de sus competidores, permanentemente los empresarios regulan la calidad de los bienes que ofrecen –incrementándola (si la mejor calidad implica mayor diferenciación y valoración) o disminuyéndola (si la mayor calidad ya ofrecida no es valorada por los consumidores)-, regulan el precio que ofrecen, adecúan los términos y condiciones contractuales, definen la extensión del servicio post-venta de los servicios complementarios, etc. En el curso de estas guerras de precios o de cualquier otro factor distinto del precio, los empresarios deben descubrir una serie de pequeñas y sostenibles oportunidades de beneficios empresariales, que se traducen en decisiones concretas sobre cómo ser más atractivo a los consumidores que el resto. No solamente pueden descubrir que disminuir el precio ofrecido en 5% les producirá un incremento de ventas más que proporcional, sino que pueden descubrir que ciertas modificaciones en el bien producido y en el modo de su comercialización les generarán mayores ganancias. Estas decisiones requieren un análisis histórico de las propias circunstancias particulares y están inevitablemente condicionadas por las interpretaciones y expectativas subjetivas de los empresarios, pero, fundamentalmente, requieren de la creación permanente de nueva información.

Entonces, al margen de las muy diversas maneras de ejercer la función empresarial en casos concretos, todas las acciones del empresario para aprovechar oportunidades de beneficio tienen un mismo común denominador: *Consisten en la reasignación bienes y/o factores de producción -mediante arreglos contractuales- hacia usos más valiosos: ya sea reasignándolos solamente (arbitraje) o utilizándolos en la producción de nuevos bienes.* Sin embargo, esta aseveración no debería distraernos del proceso de descubrimiento que subyace y precede a la acción: flujo de información acerca de los recursos y demandas que, analizado en conjunto por una mente individual, representa oportunidades de beneficio puro claramente identificables.

A manera de resumen, para que exista una *oportunidad de beneficio* en la mente del empresario, es necesario que confluyan las siguientes condiciones:

1. Descoordinación.- Que el empresario se dé cuenta de una descoordinación en el mercado. Percibe, en la estructura productiva de una sociedad determinada, que los factores de producción están siendo mal asignados, que no se están produciendo los bienes en la cantidad o calidad que los consumidores desean, que no se están celebrando transacciones allí donde debería haberlas, que la situación no es óptima, etc. Esta descoordinación no es una situación de hecho “objetiva”. Es una apreciación producto de una lectura de los signos de las circunstancias actuales, que generan globalmente un conjunto de *expectativas* subjetivas en el empresario.

2. Conocimiento.- Además de creer que existe una descoordinación, para que exista una *oportunidad de beneficio* es necesario que el empresario sepa que es posible mejorar dicha situación en la realidad. En efecto, pueden existir situaciones sub-óptimas, pero que en términos reales terminan siendo la mejor opción disponible en un momento dado. Él debe saber que existe una situación superior posible, en la cual los recursos sean mejor asignados, generando así mayor valor para los consumidores.

3. Beneficio.- Consecuentemente, el mayor valor para los consumidores debe hacer posible la creación *ex-nihilo* de un *excedente* o ganancia – i.e. que antes no existía- que sea apropiable por el empresario y sirva de incentivo para su actuación.

4. Control.- El empresario debe creer que podrá controlar los recursos de manera que pueda *redirigir* la situación actual hacia la situación superior. En una economía de mercado, este control de los recursos para su reasignación sólo puede concretarse a través de arreglos contractuales voluntarios con los propietarios de los recursos o de los bienes finales, que reflejen el beneficio mutuo de estas reasignaciones.

Si en el caso concreto faltase alguno de estos elementos, *no habrá oportunidad de beneficio*, y *no habrá acción tendiente al aprovechamiento de la*

oportunidad. Nótese además que ninguno de estos elementos requiere de un referente físico o “real”, sino que todos conforman en su conjunto un “plan” elaborado en la mente del empresario perspicaz²⁹³. Ni este “plan” puede observarse directamente de la realidad; es simplemente un esquema de comparación que nos permite interpretar las observaciones que hacemos de las acciones de otros.

Lo que sí podemos observar de la realidad son las acciones iniciadas por los empresarios. Las acciones reales y concretas son las que *revelan* la persecución de fines reales y concretos que han sido *advertidos* previamente. Sólo una vez concebida la oportunidad de beneficio y, en función a la *magnitud* del beneficio percibido, el empresario *actúa* demandando factores de producción, produciendo nuevos bienes, regulando la calidad y cantidad de lo producido, y finalmente vendiendo lo producido; esto es, irrumpe y modifica la estructura productiva vigente. Desde esta perspectiva, entonces, son irrelevantes las meras declaraciones sobre *potenciales* oportunidades de ganancia si no se ha iniciado el proceso de aprovecharlas.

Con estas ideas ya podemos explicar la naturaleza de las acciones empresariales competitivas y, por ende, arribar a una noción realista del proceso competitivo. Sólo cabe introducir un par de ideas:

1. Que el aprovechamiento *exitoso* de las oportunidades de beneficio (cuando las expectativas de los empresarios se cumplen y éstos efectivamente obtienen los beneficios esperados) *elimina la posibilidad de que el mismo beneficio sea aprovechado por otro empresario*. Esto quiere decir que las acciones empresariales, entendidas bajo el marco teórico antes expuesto, son siempre *rivales*.

²⁹³ “[...] No existen preferencias de los consumidores distintas a las acciones de los consumidores realizadas en respuesta a los ofrecimientos empresariales. Ergo, es incorrecto tratar a la oportunidades de ganancia como si tuvieran una base objetiva (i.e. existieran “allí afuera”), pues resulta impropio tratar a las preferencias de los consumidores como si existieran independientemente de las elecciones efectivamente realizadas” SELGIN, George. *Praxeology and Understanding. An analysis of the controversy in Austrian economics*. The Ludwig von Mises Institute. Auburn, AL. 1990. Pág. 43.

2. Que la modificación de la estructura productiva y de precios debido a la acción empresarial genera a su vez descoordinaciones que se traducen en nuevas oportunidades de beneficio aprovechables por los empresarios que las adviertan, lo que mantiene siempre dinámico el proceso social de ajuste. En otras palabras, que la acción empresarial no solamente genera *fuerzas equilibrantes*, sino también *fuerzas desequilibrantes*. Pensemos, por ejemplo, que una vez inventada y producida la primera bombilla eléctrica (acción empresarial exitosa), la sociedad de dio cuenta que gran parte de la industria estaba erróneamente dirigida a la producción de velas, cuando era patente que desde ese momento la utilización de recursos debía adecuarse a la nueva tecnología.

3.8. ¿Qué es la competencia?

Hasta ahora hemos desarrollado un conjunto de conceptos e ideas que nos permitirán precisar en qué consiste la competencia económica en una sociedad de intercambios indirectos. La competencia es un proceso social, dinámico, en el cual los empresarios constantemente descubren descoordinaciones o errores en la estructura productiva de un lugar y tiempo determinados, que para ellos significan oportunidades de beneficio puro y, en consecuencia, actúan reasignando recursos hacia procesos productivos más valiosos y mejor coordinados con el objeto de aprovechar tales beneficios antes que los demás, excluyéndolos así del aprovechamiento de los mismos beneficios. Dada la incertidumbre connatural al mercado, este flujo de acciones competitivas genera un proceso de ensayo y error que revela en la interacción iterativa a aquéllos empresarios cuyos descubrimientos, estrategias y acciones realmente satisficieron a los consumidores, obteniendo los beneficios esperados, de aquéllos otros que no, y sufrieron pérdidas. Subyace a este proceso, el descubrimiento permanente de nueva información que torna en “descoordinado” lo que antes era coordinado, o en “error” lo que antes parecía una estrategia eficiente. El imparable flujo de conocimiento produce constantemente nuevas situaciones de descoordinación o desequilibrio, que

para los empresarios perspicaces se manifiestan en nuevas diferencias de precios que explotar.

Así por ejemplo, cuando el empresario descubre que bien de capital determinado es más productivo que el trabajo equivalente a 10 hombres juntos, entonces verá que haber contratado a esos 10 hombres se convierte en un error que puede corregir para aprovechar el ahorro en costos. Cuando descubre, de acuerdo a sus expectativas subjetivas, que es rentable producir o comprar este bien de capital a pesar de que para ello se requiera gran inversión en dinero, entonces notará que ese dinero está sirviendo otros fines menos valiosos y que debe reasignarse hacia la adquisición del referido bien de capital. Cuando descubre que los consumidores desean “servicios integrales” para evitar o disminuir sus costos de búsqueda, verá que es un error ofrecerles sólo la venta de ciertos productos individuales cuando podría aprovechar la oportunidad de ofrecerles paquetes de productos o servicios a un precio mayor. Cuando descubre que puede incrementar el valor de su negocio asociándose con uno ó más distribuidores exclusivos para así contar con una sola red producción-distribución más cercana de los consumidores, verá entonces que sería un error mantenerse compitiendo atomísticamente. Todos estos errores descubiertos son a su vez oportunidades de reasignación de recursos para la obtención de beneficios empresariales puros, pudiendo generarse en cualquier ámbito de la estructura productiva: nuevas fuentes de provisión, nuevos usos para bienes ya conocidos, nuevas formas contractuales con sus proveedores, distribuidores o consumidores, nuevos productos finales valiosos para los consumidores, nuevos bienes de capital que harán mucho más eficientes los procesos de producción, nuevas técnicas de producción, nueva tecnología, nuevos nichos de desarrollo, nueva demanda insatisfecha, etc.

Algunas de las más importantes diferencias entre esta noción de competencia y aquélla otra que sirve como paradigma en el Derecho de la Libre Competencia son las siguientes:

(i) Que, a diferencia de los modelos de ignorancia cerrada (que incorporan sólo el riesgo) y de información perfecta, la teoría de la competencia presentada incorpora genuinamente la incertidumbre de mercado.- El hecho de que en competencia exista un flujo permanente de nueva información y que las acciones de los empresarios no siempre generen las ganancias esperadas nos dice claramente que no existe conocimiento completo y perfecto, que el individuo se equivoca y aprende conforme actúa, así como que nadie que carezca del conocimiento de circunstancias particulares que motivan las acciones tiene la capacidad para conocer objetivamente qué tipos de arreglos contractuales son óptimos. Las acciones empresariales siempre serán, en ese sentido, arriesgadas especulaciones.

El empresario enfrenta un doble nivel de incertidumbre, ya que no solamente afronta a la incertidumbre de mercado cuando especula y anticipa demanda insatisfecha, sino también a la incertidumbre dentro de sus propios procesos de producción, debido a que tampoco tiene conocimientos perfectos acerca de la tecnología o métodos de producción óptimos.

(ii) La competencia no requiere del cumplimiento de condiciones irreales y/o estáticas ni de la generación de un equilibrio dentro de un mercado arbitrariamente definido como “relevante”.- Si bien la teoría de la *workable competition* (competencia efectiva) nos provee de asunciones más realistas y condiciones posibles de ser cumplidas, sin embargo, se mantiene (al igual que el modelo de competencia perfecta) en la tesis de que la competencia debe ser un *estado de cosas*, un conjunto de condiciones que describan una estructura, conductas y desempeño reputados como deseables por la autoridad de competencia²⁹⁴. Al contrario, la noción de competencia que hemos

²⁹⁴ Paradójicamente, conforme hemos criticado ampliamente en la primera parte de este trabajo, las condiciones paradigmáticas de la competencia estática arrojan una situación donde no hay competencia. Lo paradójico viene debido a que mientras que la noción de competencia que tienen los empresarios y los individuos que participan en el mercado coincide con el proceso abierto de rivalidad y ajuste, los economistas han convertido dicha noción en todo lo

presentado necesariamente implica que ésta es un *proceso* de rivalidad y ajuste constante²⁹⁵, de ensayo y error, por el cual los empresarios buscan descubrir y aprovechar beneficios antes que otros empresarios, en cualquier eslabón o eslabones de la estructura productiva. En palabras de HAYEK, la competencia es un proceso social de permanente descubrimiento²⁹⁶, cuya estructura no está determinada como *condición* de la competencia, ni tiene un aspecto externo inmutable, sino que es *resultado* de las acciones competitivas de los empresarios.

Ésta es una noción más general del fenómeno social bajo análisis, aplicable y útil para toda circunstancia donde opere una economía de mercado de intercambios indirectos. Asimismo, como corolario, en un mercado abierto no existen “*tipos de competencia*”, en el sentido que a veces suelen presentar los libros de texto. Justamente, Milton SHAPIRO critica la noción ortodoxa de competencia basada en la estructura de mercado (definido por el tipo de producto, número y tamaño de las empresas, condiciones de entrada y salida, y el grado de información) señalando que esta noción asume erradamente que la competencia está determinada por su apariencia o sus atributos físicos y no por las acciones e interacciones dinámicas y rivales que se desarrollan en el proceso. A esta aproximación, dicho autor le llama “*lo que usted ve es lo*

contrario. SHAPIRO se alinea con aquél grupo que reivindica la noción de competencia proveniente del sentido común: “*Algunos economistas usan la definición basada en el sentido común, similar a la que el lego tiene en mente cuando se refiere [a la competencia] y a la descrita en el diccionario: “rivalidad: el esfuerzo de dos o más partes para asegurar un trato con una tercera parte, mediante el ofrecimiento de los mejores términos”. En este concepto popular, la idea clave es la rivalidad: la competencia como un proceso por el cual las empresas se enfrentan entre sí mediante conductas “rivales”, en una permanente carrera por obtener los dólares de los consumidores”*. SHAPIRO, Milton. *Foundations of the market-price system*. University Press of America, Inc. Lanham, MD, 1985. Pág. 320.

²⁹⁵ “*While it is sometimes useful to assume that the economy is in long-run equilibrium, a study of the market process gets nowhere if the process is assumed to be finished. The key is the discovery of the institutional arrangements most likely to result in the wide dispersal of knowledge and free entry that is assumed to exist to begin with in the theory of competition*” O’DRISCOLL, Gerald. *Economics as a Coordination Problem*. Op. Cit. Pag. 25.

²⁹⁶ En igual sentido, ARMENTANO: “*El propósito del proceso de mercado es descubrir el servicio eficiente, el producto eficiente, la organización empresarial eficiente; la competencia – tanto la rivalidad como la cooperación- nada tiene que ver con un número arbitrario de empresas en el mercado*” ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust: The Case for Repeal*. Op. Cit. Pág. 60.

que usted se lleva” (*what you see is what you get*), haciendo alusión a que, desde la perspectiva tradicional, una estructura de mercado “A” arroja un *tipo* de competencia “A”, una estructura de mercado “B” arroja un *tipo* de competencia “B”, y así sucesivamente²⁹⁷.

(iii) La noción de rivalidad es mucho más amplia y no arbitraria.- La rivalidad simplemente implica que los empresarios persiguen las oportunidades que creen rentables, *excluyendo con su acción la posibilidad de que otros aprovechen el mismo beneficio esperado, sin aludir a ninguna porción específica de la estructura productiva de la sociedad*. En esa pugna por aprovechar los beneficios descubiertos antes que los demás se encuentra el *quid* de la competencia. Para alcanzar estas oportunidades de beneficio podrá requerirse de diversos grados de *cooperación* con otros individuos o empresas –que incluye todo tipo de integraciones verticales u horizontales, entre ellas, las fusiones, los contratos de colaboración empresarial, contratos de sociedad, contratos de exclusividad, etc.-, sin que estas posibilidades de acción impliquen una afectación o restricción del proceso competitivo. En otras palabras, los diversos tipos y grados de cooperación entre empresas son parte connatural del proceso de ensayo y error, por lo que en ningún caso podrían reputarse como “anticompetitivas”. Sus eficiencias o beneficios son, como en todo acto empresarial, contingentes y no pueden conocerse *ex ante* ni de manera “técnica”. Por otro lado, si aquéllos arreglos contractuales resultasen ineficientes y descoordinadores, simplemente abrirán mayores oportunidades de beneficio explotables por cualquier otro empresario perspicaz.

La rivalidad es concebida de un modo radicalmente distinto desde la perspectiva de las agencias de competencia, por cuanto parte de una connotación restringida a una porción arbitraria de la estructura productiva denominada “mercado relevante” e implica -en principio- que las empresas *deban* efectuar sus actividades económicas *sin*

²⁹⁷ SHAPIRO, Milton. *Foundations of the market price system*. Op. Cit. Pág. 321.

cooperación entre ellas, salvo que acrediten objetivamente la eficiencia de la cooperación; i.e. los beneficios sociales y objetivos derivados de la cooperación. Sobre la base de esta perspectiva, las integraciones verticales u horizontales son evaluadas *ex post* bajo la “*regla de la razón*” -donde la agencia de competencia evalúa los beneficios y costos sociales de las integraciones- para definir si resultan atentatorias contra la libre competencia. En algunos casos, las fusiones empresariales requieren de autorización estatal *ex ante*, según limiten o no la competencia²⁹⁸.

(iv) La pluralidad de competidores directos dentro de una porción de la estructura productiva de la sociedad o “mercado relevante” es irrelevante como condición sine qua non del proceso competitivo.-

Hemos visto cómo la agencia de competencia peruana ha adoptado mayoritariamente un criterio contrario y resuelve los casos en función a brindar facilidades a favor de competidores que no pueden superar ciertas eficiencias logradas por los competidores establecidos con el objetivo de obtener una estructura de mercado con *pluralidad* de ofertantes.

Bajo la noción presentada, lo importante para que exista competencia es que ningún empresario se vea impedido coactivamente de aprovechar las descoordinaciones que perciba en cualquier eslabón o ámbito de la estructura productiva de una sociedad; es decir, que no enfrente monopolios legales, competidores privilegiados ni, en general, barreras de origen legal. Garantizada esta condición institucional, cualquier empresario podrá competir tan diversamente como su creatividad y habilidad se lo permitan y, en ese sentido, podrá competir produciendo el mismo producto a menor precio, ofreciendo otros de mayor calidad, mejor ubicación y cualquier otra ventaja que le permita diferenciarse y cobrar más, ofreciendo productos y servicios integrados con otros, o produciendo más eficientemente en uno o más sectores de la cadena

²⁹⁸ El sistema de control de estructuras está previsto en el Perú sólo para el sector eléctrico: Ley N° 26876 (Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico).

productiva. Confinar el análisis de competencia a ciertas porciones del mercado implica asumir que los precios de un sector no tienen nada que ver con los precios de otros sectores del mercado y que las acciones desarrolladas por los participantes de un sector no tienen efecto alguno en otros sectores. Desde esta perspectiva estrecha, es más fácil adoptar la tesis de la omnipotencia e *independencia* del monopolista de libre mercado y de las empresas con posición dominante.

Sin embargo, el proceso competitivo abarca mucho más que la simple y restringida noción de “competencia directa” y, por ende, la supuesta necesidad de pluralidad en el mercado relevante como condición de la competencia es falaz. Así como también es falaz aquél temor al poder monopólico que ha caracterizado la doctrina y la casuística del Derecho de la Libre Competencia. Al respecto, y con el objeto de ilustrar la injustificada limitación de esta noción, LeFEVRE²⁹⁹ menciona que en una economía de mercado existe, además de competencia directa, *competencia paralela* y *competencia por dinero*:

- La *competencia paralela* consiste en que las empresas compiten incluso cuando ofrecen productos físicamente heterogéneos pero que satisfacen las mismas necesidades genéricas. Desde esta perspectiva, ciertas aerolíneas de vuelos domésticos compiten con empresas de transporte terrestre y empresas ferroviarias porque todas ellas transportan pasajeros. Del mismo modo, los diarios compiten con los canales de televisión, emisoras de radio y páginas web, pues los consumidores, anunciantes, políticos, etc. constantemente eligen entre ellas para alcanzar sus respectivos fines. Así pues, *la competencia paralela es mucho más que la competencia directa; y de hecho, resulta mucho más difícil de controlar ya que quien enfrenta competencia paralela -a diferencia de lo que sucede en la competencia directa- se encuentra mucho más limitado para imitar a los competidores*

²⁹⁹ LeFEVRE, Robert. *The Fear of Monopoly*. Disertación disponible en: <https://mises.org/media/1158/The-Fear-of-Monopoly-Part-One> y <http://mises.org/media/1159/The-Fear-of-Monopoly-Part-Two>.

innovadores. Los llamados monopolios naturales no enfrentan competencia directa, pero sí competencia paralela. LeFEVRE toma el caso de la electricidad: existen muchos métodos de obtener energía que luego se transforme en electricidad, pero debido a ciertos privilegios estatales, no existen mayores incentivos para investigar y desarrollar estos métodos alternativos.

- La competencia por dinero es aún más amplia. El argumento es que los individuos poseen una limitada cantidad de dinero y las empresas de distintos rubros compiten por aprovecharlo, al margen de si ofrecen el mismo producto o no. A este nivel, todos estamos en competencia con todos.

Evidentemente, adoptada esta posición sobre la competencia, una de las principales conclusiones –si se pretende que este sistema funcione del modo mas óptimo- consiste en la importancia de la máxima apertura posible, no en algunos sino en la mayoría de mercados a fin de que las oportunidades de corregir distorsiones, descoordinaciones o abusos en cualquiera de ellos sean rápidamente superadas mediante el flujo de recursos productivos de un sector a otro.

(v) La competencia por precios es un indicador parcial de la competencia.- Otra diferencia sustancial entre la noción de competencia abierta y dinámica que venimos presentado y aquella utilizada en los procedimientos sancionadores de libre competencia en el Perú es que si bien las guerras de precios o *competencia directa por precios* son importantes, no definen ni agotan el proceso competitivo. Afirmar lo contrario implicaría identificar el concepto de “oportunidad de beneficio” únicamente con la posibilidad de cobrar menos precio por un mismo producto, excluyendo la amplia gama de oportunidades de beneficio que resultan de innovaciones en factores distintos al precio³⁰⁰.

³⁰⁰ El fenómeno del *cross hauling* ilustra cómo los consumidores prefieren productos diferenciados en vez de productos homogéneos. Si bien el *cross hauling* es definido como el envío simultáneo de los mismos productos en dirección opuesta sobre la misma ruta (Vg. Si

Esta aclaración es especialmente importante porque gran parte de las decisiones de la agencia de competencia se han basado exclusivamente en el número de competidores y en un análisis de los precios –análisis de *resultados*- sin apreciar el flujo de acciones rivales que se manifiestan sobre otros factores *por ser menos medibles*. Tal restricción en el análisis proviene en última instancia de la inadmisibles aplicación de los métodos de las ciencias naturales a las ciencias sociales, denominado *cientismo* por HAYEK: “*Por supuesto, sabemos de muchos hechos referentes al mercado y estructuras sociales similares que no pueden medirse y acerca de los cuales tenemos en efecto apenas alguna información muy imprecisa y general. Y dado que los efectos de estos hechos en cualquier caso particular no pueden ser confirmados por pruebas cuantitativas, simplemente son descartados por quienes se han comprometido a admitir sólo lo que consideran como pruebas científicas; luego proceden alegremente con la ficción de que los factores que pueden medir son los únicos importantes.*

[...] *Según este criterio, pueden existir sin duda mejores pruebas “científicas” a favor de una teoría falsa, que se aceptará porque es más “científica”, que a favor de una explicación válida, rechazada porque no se apoya en suficientes pruebas cuantitativas*³⁰¹.

El caso norteamericano de Whole Foods también es ilustrativo acerca de cómo las agencias de competencia tienden a darle preponderancia a ciertos indicadores sólo porque son más fáciles de obtener. En dicho caso, la Federal Trade Commission (FTC) de los Estados Unidos pretendió infructuosamente impedir la fusión entre los supermercados *Whole Foods* y *Wild Oats*, bajo el argumento de que dicha fusión era

dos países se exportan entre sí los mismos productos), lo cierto es que desde el punto de vista económico, dicho fenómeno sólo se explica porque los consumidores *no creen* que los productos sean los mismos. Así por ejemplo, los ciudadanos de Lower Saxony, donde se ubica la planta de Volkswagen, sólo comprarían vehículos Volkswagen, mientras que los consumidores en Bavaria, donde se producen Mercedes Benz, sólo comprarían Mercedes Benz. En la realidad, sin embargo, los vehículos Mercedes se envían de Bavaria hacia Lower Saxony, y los Volkswagens se envían por la misa ruta opuesta.

³⁰¹ En discurso de aceptación del Premio Nobel de Economía en 1974. Cita textual extraída de: <http://www.elcato.org/publicaciones/ensayos/ens-2005-06-07.pdf>

anticompetitiva y que eliminaría la competencia –entendida como pluralidad de ofertantes- en el mercado de los “*supermercados de productos Premium y naturales*”, pues éstos ofrecerían un set distinto de productos y servicios a un grupo distinto de personas. Para sustentar que éste era un mercado distinto a los supermercados genéricos, la FTC se apoyó en los “documentos calientes” (*hot documents*), es decir, en documentos internos (Vg. e-mails) y en publicidad, donde se afirmaba que los supermercados *Whole Foods* de productos orgánicos competían en un mercado distinto al de los supermercados ordinarios. No tomó en consideración que usualmente los empresarios llenan de elogios y proclaman la singularidad de sus productos, siendo, por tanto, ingenuo pensar de que por ello ya pueden elevar sus precios y eximirse de los rigores competitivos. En dicho caso, la FTC cayó en el conocido problema de “*hay más luz por aquí*”: i.e. la dificultad del borracho que busca sus llaves debajo del poste de luz, no porque haya dejado sus llaves por allí, sino porque allí hay más luz³⁰².

Asimismo, aplicada esta crítica metodológica al contexto de la “nueva economía”, es decir, aquélla regida por rápidos cambios tecnológicos, altos costos fijos y bajos costos marginales (capitalización)³⁰³, innovación³⁰⁴, efectos de red³⁰⁵, etc., STENBORG comenta que: “*La aplicación de la metodología de la teoría de juegos en la organización industrial ha demostrado que la mera suma excedente del consumidor más excedente del productor para medir la eficiencia -es decir, definir ésta como el bienestar económico agregado- es erróneo y*

³⁰² LAMBERT, Thomas. *Four Lessons from the Whole Foods case*. En: *Regulation*. Primavera 2008. Pág. 26.

³⁰³ Debido a la alta inversión en Investigación y Desarrollo (*Research & Development*), algunas empresas pueden producir bienes de capital o intermedios mucho más productivos.

³⁰⁴ En algunas ocasiones se señala que luego de una etapa de competencia feroz, se generan monopolios u oligopolios estables, pero en realidad lo que se ve es que existe constante innovación y puja por alcanzar el liderazgo. En una economía de mercado no existe la inercia. La aparente inercia o estabilidad consiste en consumidores que constantemente ratifican sus preferencias y consumen productos de los líderes, mediante un proceso activo y permanente de acciones concretas.

³⁰⁵ Para desafiar a un líder en un mercado con efectos de red es necesario desarrollar un producto o tecnología *muy* superior, lo cual incentiva a los líderes a involucrarse en verdaderas carreras en *Research & Development*. Pero hay que notar que el motivo de los líderes ya establecidos es obtener ganancias adicionales, mientras que el de los competidores potenciales es obtener la totalidad de ganancias asociadas con la innovación.

*desorientador. Considerando los diversos tipos de competencia por factores distintos al precio, el bienestar se vuelve multidimensional e incluye aspectos tales como la calidad, la provisión rápida y segura, la introducción de nuevos productos y servicios, etc. La mayoría de estos aspectos no son medibles y requieren juicios de valor*³⁰⁶. En resumen, no por ser más fácilmente medible la “competencia por precios”, ésta determina o define el ámbito del proceso competitivo.

En el mismo sentido sostienen ADAMS y BROCK, para quienes en última instancia los hechos relevantes para el análisis Antitrust no pueden ser apreciados directamente o medidos científicamente. Alegan que los llamados tests de desempeño o de eficiencia son falsos a pesar de las fastuosas investigaciones estadísticas que pudieran efectuarse. Para los autores, es imposible medir el desempeño competitivo o determinar si hubo o no una restricción anticompetitiva, pues no conocemos las curvas de demanda, las curvas de costos marginales ni los precios competitivos. Es más, ni las propias empresas conocen estos conceptos. En cuanto a los estudios sobre el desempeño de ciertas industrias llevados a cabo por Joe BAIN y F. M. SCHERER, sostienen que éstos estarían fundamentalmente errados porque sólo tomaron en cuenta la eficiencia ingenieril o eficiencia tecnológica, dejando de lado otros elementos cruciales de la eficiencia como aquéllos provenientes del marketing, finanzas o de la administración³⁰⁷.

En consecuencia, la sola competencia por precios resulta un pobre indicador del desempeño del proceso competitivo e, incluso, en algunos casos resulta falaz, pues resulta factible que los precios se incrementen en un mercado competitivo.

³⁰⁶ STENBORG, Markuu. *Do we need competition policy in the “New Economy”?* Disponible en: http://www.eta.fi/files/921_FES_02_2_competition_policy.pdf

Sobre este *paper*, es imprescindible comentar que el cuestionamiento de Stenborg -referido a la necesidad de una política Antitrust en un mercado actual: globalizado y dinámico- es extensible a cualquier situación de economía de mercado.

³⁰⁷ ADAMS, Walter y BROCK, James W. *Antitrust Economics on Trial. A Dialogue on the New Laissez Faire*. Princeton University Press. New Jersey, 1991. Págs. 37-39.

(vi) Los precios monopólicos, el poder de mercado y la estructura competitiva no son indicadores de falta de competencia.-

Un corolario del punto anterior consiste en que, considerando que los recursos siempre son susceptibles de ser reasignados a fines más valiosos -modificándose así los precios según las oportunidades percibidas por los empresarios- no existe ninguna base o criterio claro para identificar o calificar “precios competitivos” en oposición a “precios monopólicos”. Desde una perspectiva dinámica, los precios siempre pueden estar errados y siempre pueden corregirse si realmente existen situaciones de mayor bienestar que se traduzcan en oportunidades de beneficio para los empresarios actuantes.

Una consecuencia inmediata de lo dicho es que el concepto económico de “poder de mercado”, entendido como poder sobre el precio o poder para cobrar precios mayores a los costos marginales y el concepto legal de “posición de dominio” entendido como capacidad para actuar independientemente en el mercado relevante, tienen mucha menor importancia para *medir* el proceso competitivo –i.e. evaluar las condiciones estructurales de competencia-, cuando el mercado está abierto a la irrupción de cualquier empresa desafiante. Si ello es así, entonces la alegada función correctiva de las fallas de mercado atribuida a la agencia de competencia pierde fundamento³⁰⁸.

En un mercado abierto, tampoco puede definirse claramente una *estructura competitiva*, en oposición a una *estructura monopólica* (u *oligopólica*), pues, debido al ejercicio de la función empresarial, la estructura productiva de una sociedad siempre está en un constante proceso de ajustes marginales, incluidas todas sus porciones sectoriales. En todo caso, hacer una distinción entre uno y otro tipo de

³⁰⁸ En resumen, la noción de “*poder de mercado*” como fundamento de la intervención estatal es problemática por tres razones fundamentales: “*Primero, subestima el problema del conocimiento que enfrenta la autoridad de competencia o el economista que analiza la falla. Segundo, niega la importancia del interés egoísta de los productores como el mayor incentivo para llevar a cabo sus acciones. Y finalmente, niega la dinámica del proceso de mercado*”. WANDEL, Jürgen. *Competition, Market Power and Antimonopoly Policy: a Hayekian Perspective*. IAMO Forum 2005. *How effective is invisible hand?* Disponible aquí: <http://www.iamo.de/forum2005/files/Wandel.pdf>

estructura siempre requerirá apoyarse en la errada noción de competencia perfecta como paradigma de competencia.

(vii) No anticompetitividad de las negativas de trato.- Otra diferencia importante radica en que la agencia de competencia tiende a asumir que el desarrollo de estructuras, sistemas productivos, bienes de capital o ventajas productivas en general, que resulten ser de gran valor para los consumidores y diferencien a ciertos competidores exitosos, pone en riesgo la competencia. De este razonamiento surge la obligación de que los competidores que hayan desarrollado importantes ventajas competitivas cuya duplicación resulte onerosa por parte de sus competidores las compartan con ellos, o les brinden acceso a aquéllas, salvo que acrediten una justificación objetiva distinta del mero deseo de excluirlos.

En cambio, desde la perspectiva de la competencia como proceso de descubrimiento, la producción de ventajas importantes y difícilmente replicables constituye justamente *el tipo de descubrimiento competitivo más valioso*, en tanto es más innovador y más coordinador que otros descubrimientos relativamente menos valiosos. *Impedir*, por tanto, que otros competidores aprovechen estas ventajas deliberadamente construidas es incompatible con el aprovechamiento rival de las oportunidades de beneficio percibidas y, por ende, con el proceso competitivo. En una frase, de ningún modo las negativas de trato – cualquiera sea su modalidad o extensión- pueden considerarse conductas anticompetitivas.

(viii) La subjetividad de las expectativas y de la rentabilidad.- La “capacidad de alerta” o perspicacia es una habilidad, conformada por un conjunto de conocimientos no explícitos, de experiencias y capacidades prácticas no articuladas. Sin embargo, no es una categoría psicológica, sino praxeológica. Si la acción siempre persigue un fin valioso, entonces la *perspicacia* es el nombre que le damos a esa capacidad natural del ser humano de darse cuenta de los fines valiosos. La introducción de la

noción de “*expectativas*” en la economía ha reforzado la idea de que la acción humana siempre está orientada hacia el futuro y se decide sobre una penumbra de dudas e incertidumbre, esperanzas y miedos. De esta reflexión se colige que la determinación de la “*rentabilidad*” es netamente subjetiva, pues por definición un curso de acción es rentable sólo si las ganancias previstas mediante las expectativas (subjetivas) superan globalmente los costos (de oportunidad) de dicho curso de acción³⁰⁹.

No es posible, como a veces se pretende, reemplazar el criterio empresarial y decidir cuándo un curso de acción es objetivamente “rentable” y cuándo no lo es. En primer lugar, debido a que las ganancias no son datos objetivos que estén al alcance de todos por igual; al contrario, las ganancias son en realidad *expectativas de ganancias* que se originan de la interpretación de las señales del mercado el día de hoy, entre ellos, los precios. En segundo lugar, la rentabilidad no puede reducirse simplistamente a la diferencia entre los ingresos *monetarios* (asumiendo que puedan ser conocidos antes de la acción) y los costes *monetarios*. La preferencia por un curso de acción determinado –digamos, un proceso productivo- implica el juzgamiento de sus ganancias monetarias esperadas *en comparación con otros cursos de acción que también presentan ganancias monetarias netas*. Comprar y vender autos puede ser una actividad rentable desde el punto de vista estrictamente monetario; sin embargo, puede ser una gran pérdida de dinero para un experto en inversiones en la bolsa de valores. Considerando sus ventajas competitivas -Vg. experiencia profesional- y las ganancias monetarias esperadas de actividades financieras en la bolsa de valores, el experto inversionista concluye que dedicarse a

³⁰⁹ Debemos recordar que la teoría económica sólo puede brindarnos un conjunto de categorías y conceptos funcionales formales cuyo contenido concreto son necesariamente juicios de valor o estimaciones subjetivas de los individuos en el contexto de sus respectivas acciones, en uso de su conocimiento de circunstancias particulares. En este sentido, HAYEK: “No es necesario aclarar que los fines de la actividad económica no pueden definirse en términos objetivos, sino sólo en relación a un propósito humano. Ni las “materias primas”, ni los “bienes económicos”, ni tampoco los “alimentos” o el “dinero” pueden definirse en términos físicos, sino en función de las ideas que la gente tiene acerca de las cosas. [...] La historia de cualquier bien concreto muestra que, conforme evoluciona el conocimiento humano, el mismo objeto o cosa material puede representar categorías económicas distintas”. HAYEK, Friedrich A. von. *La contrarrevolución de la ciencia*. Op. Cit. Pág. 58-59.

comercializar autos no es rentable *para él*. Si las opciones o cursos de acción a comparar no están dados a todos por igual -pues cada individuo enfrenta alternativas distintas, según su propio contexto y marco de interpretación-, entonces es claro que la *rentabilidad* de un curso de acción sólo puede provenir de un análisis subjetivo. Además, en esta evaluación necesariamente se pone de manifiesto un fenómeno altamente ignorado por las autoridades de competencia: la *preferencia temporal* del empresario, la misma que modifica el valor de las ganancias monetarias netas. Así, un empresario con *alta preferencia temporal* estará dispuesto a emprender procesos productivos cuyo retorno sea relativamente más rápido aunque sea cuantitativamente menor que otros procesos cuyos retornos sean mayores, pero que impliquen mayor tiempo de espera. Y viceversa.

De este modo, pierde sentido la recurrente pretensión de las agencias de competencia de determinar cuándo la entrada a ciertos mercados es *oficialmente* rentable. Todo depende del conocimiento práctico que posea el empresario, pues con los mismos recursos, cada empresario puede arribar a resultados y productos disímiles³¹⁰.

Con todas estas dificultades de medición objetiva de fenómenos puramente subjetivos, podemos caer en cuenta que gran parte de la actividad de la agencia de competencia es pretenciosa y desorientada.

A manera de conclusión, cuando las autoridades tratan de demostrar si un curso de acción es económicamente viable o no –abundan ejemplos– están actuando *como si fueran empresarios*, asumiendo además que solo existe una manera eficiente y óptima de producir un bien (con lo cual niegan cualquier tipo de innovación), así como especulando sobre las preferencias futuras de los consumidores. Al actuar como empresarios, no pueden evitar enfrentarse a la incertidumbre, por lo que

³¹⁰ “Ya no cabe confiar inocentemente en que nuestro dominio sobre los factores garantiza el mismo dominio sobre el producto”. KIRZNER, Israel. *Creatividad, Capitalismo y Justicia Distributiva*. Op. Cit. Pág. 84.

inevitablemente deben hacer juicios de relevancia y de valor sobre la realidad, sobre los signos del mercado y sobre el curso futuro de los eventos. Y más importante, sus reflexiones e interpretaciones no pueden evitar formar parte del proceso de ensayo y error.

Si uno piensa en la competencia como un proceso empresarial, dinámico, rival y evolutivo, en el que los empresarios pugnan por coordinar mejor la utilización de los recursos con las necesidades y preferencias de los consumidores, descubriendo y persiguiendo beneficios puros en un contexto de incertidumbre, entonces podemos concluir que la regulación de la libre competencia, tal como está planteada en la ley de competencia y en su práctica, es inherentemente incompatible con una correcta teoría del proceso competitivo. Ciertamente, este sistema podrá perseguir otros fines, pero difícilmente se podrá alegar que su objeto sea la preservación el proceso competitivo.

CAPÍTULO IV:

LA AGENCIA DE COMPETENCIA COMO EMPRESARIA.

4.1. Tecnicismo y objetividad de la agencia de competencia peruana.

En el contexto de reformas del marco legal que se dieron en la década de los 90's, se entendió que la regulación del poder de mercado mediante un sistema antimonopolio implicaba una evidente limitación a la libertad económica y al derecho de propiedad previstos en la Constitución Política de 1993, que paradójicamente son los mismos derechos que constituyen los presupuestos de la libre competencia. En este nuevo ordenamiento jurídico que daba una importancia política preponderante a tales derechos, se asentó la idea de que su restricción debía ser la mínima indispensable³¹¹. Tal como interpretó el

³¹¹ Se aceptó entonces el principio del libre cambio. Así, TOVAR reseña: “De acuerdo a estas normas que regulan la libertad de empresa, el Estado no puede obligar a las empresas a organizar su negocio en una forma determinada. Así no puede decir a la empresa cuánto va a producir, qué insumos va a utilizar, ni forzarla a contratar con alguien y/o impedirle contratar con otras personas. [...] En virtud [de nuestro régimen de economía social de mercado], el Estado no puede intervenir en el mecanismo natural de determinación de precios (libre juego de la oferta y la demanda) ni en la forma de organización y realización de las actividades económicas, comerciales y/o productivas por los agentes privados (libre flujo de bienes y servicios). Toda intervención del Estado en estas áreas está prohibida, pues atenta contra la

Tribunal Constitucional al analizar una norma que presuntamente atentaba contra los derechos en cuestión, “*una de las condiciones imprescindibles que debe comportar toda medida limitativa de la libre competencia, es aquella referida al “mínimo costo”. Corresponde, pues, determinar si no existían medidas que, siendo igualmente adecuadas a efectos de conseguir los objetivos constitucionalmente legítimos, no resultaban siendo menos restrictivas de los derechos fundamentales de contenido económico*”³¹².

Por tal motivo, se puso especial énfasis en que la intervención del INDECOPI y del OSIPTEL no acabe distorsionando el proceso competitivo, sino que ambas agencias actúen con *independencia* y *tecnicismo*; es decir, que su intervención se limite a restaurar la eficiencia del proceso competitivo, presuntamente dañada por las conductas anticompetitivas materia de denuncia³¹³. Se entendía entonces que la agencia de competencia no iría a regular el mercado como sí lo hacían los organismos reguladores vía regulación directa ni a forzar *resultados concretos*³¹⁴.

Todo lo contrario, el tecnicismo del INDECOPI implicaba que éste cumpla el rol de un árbitro imparcial en el mercado, así como que su actuación no se guíe por el logro de *resultados concretos* deseados, sino que tenga por finalidad salvaguardar ciertas condiciones que garanticen el desarrollo del *proceso competitivo*. Así por ejemplo, BULLARD señala que “*el rol de las políticas de competencia es distinto a fijar precios, determinar hasta cuánto debe crecer una empresa, prohibir el uso de marcas prestigiadas o limitar el dinero que una empresa puede invertir en publicidad o tecnología. Debe evitar que se creen barreras de acceso al mercado que limiten artificialmente el número de*

libertad de iniciativa privada”. TOVAR MENA, Teresa. *Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones*. ARA Editores. Lima, 2006. Pág. 46-47.

³¹² Fundamento 53. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.

³¹³ Es más, precisamente por el carácter especializado y técnico de esta tarea, se la encomendó a una entidad administrativa, y no al Poder Judicial: “*El Indecopi fue creado –entre otros fines- para resolver conflictos vinculados con el mercado que, por su alto carácter técnico y la necesidad de una solución ágil, no podían ser conocidos por el Poder Judicial*”. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Libre competencia. Legislación y Jurisprudencia*. Primera Edición Oficial. Editora Normas Legales. Trujillo, Pág. 161.

³¹⁴ Respecto de las diferencias entre una agencia de competencia y un organismo regulador, puede consultarse el conocido artículo de Alfredo BULLARD GONZÁLES. *Indecopi: ¿Por qué no es un Organismo Regulador?* En: Revista *Advocatus* N° 8. Lima, 2001.

opciones de los consumidores. No les corresponde eliminar la eficiencia como barrera, que es otra cosa. [...] Pero su acción no se dirige al resultado completo, sino a preservar el proceso. Como en el deporte, no es el rol de árbitro del juego determinar el resultado, sino sólo preservar que ciertas reglas sean preservadas para que el resultado refleje lo que ocurrió en la cancha”³¹⁵. Más adelante, continúa: “Un sistema económico requiere también de una actuación estatal autónoma y técnica, que no fuerce o determine resultados específicos, sino que deje ello a los agentes económicos, teniendo una capacidad real de resistir no sólo a la presión política, sino a la presión de los grupos económicos, y que confía en el desarrollo de la institucionalidad como su función principal, no dejándose capturar por la coyuntura del momento”³¹⁶.

En el mismo sentido, GÓMEZ y ZÚÑIGA señalan que: “es necesario que el Estado intervenga con el fin de buscar replicar mediante mecanismos diferentes a los de mercado, un resultado cercano a las eficiencias que éste proveería en ausencia de tales distorsiones”³¹⁷. Y prosiguen: “Las limitaciones a las fijaciones de precios, a la discriminación, a las negativas injustificadas, el control de estructuras, etc. son restricciones plenamente justificadas porque la pérdida de eficiencia social que ocasionaría su permisión es mayor a los beneficios privados de las empresas que realizan estas prácticas. La agencia de competencia verá en cada caso concreto los costos y beneficios de la decisión”.

Así pues, la agencia de competencia estaría confinada a corregir las consecuencias negativas generadas por las conductas anticompetitivas, reconstituyendo así la normal eficiencia del sistema, dejando de lado cualquier otro fin distinto, tal como el problema de la (re)distribución de la riqueza³¹⁸. Más concretamente, al analizar casos de libre competencia, la agencia debería: (i) Delimitar imparcialmente el mercado a analizar, (ii) evaluar objetivamente los

³¹⁵ BULLARD GONZÁLES. *Derecho y Economía*. Op. Cit. Pág. 627.

³¹⁶ *Ibidem*. Pág. 638.

³¹⁷ GOMEZ APAC, Hugo R. y ZÚÑIGA PALOMINO, Mario. *Propiedad, Libertad de Contratación y Libre Competencia*. En: *Revista de Economía y Derecho*, Otoño 2005, Pág. 96.

³¹⁸ Algunos teóricos sostienen que la transferencia de riqueza originada por los “precios monopólicos”, expresada en una reducción de los excedentes de los consumidores a favor de los de los productores, escapa a la protección de la eficiencia. Se trataría de una cuestión que podría atenderse con políticas tributarias y de bienestar.

costos y los beneficios sociales de las conductas anticompetitivas denunciadas, y (iii) actuar para corregir las distorsiones generadas por tales conductas, procurando replicar los resultados *eficientes* a los que el mercado hubiese arribado en ausencia de tales distorsiones. Ésta sería la labor *técnica*, la única que se encontraría plenamente justificada. Otros objetivos, se insiste, deben ser rechazados³¹⁹.

La finalidad de esta parte del trabajo consistirá en mostrar cómo esta pretensión de actuar con imparcialidad, objetividad y tecnicismo es un objetivo incompatible con la naturaleza creativa y dinámica de la competencia; y que al contrario, la agencia de competencia está inevitablemente limitada a actuar como un *jugador* o *empresario* más en el mercado, con la ventaja –para sí- de que no está sometida a ningún mecanismo de control propio del mercado: i.e. ganancias y pérdidas.

4.2. Conocimiento científico y conocimiento no científico.

En la tercera parte de este trabajo mencionamos la importancia del rol competitivo del empresario en la coordinación del mercado, haciendo hincapié en el especial tipo de conocimiento utilizado por él para darse cuenta de los desequilibrios o descoordinaciones sociales cuyas correcciones significan para él oportunidades de ganancia. Este conocimiento de circunstancias particulares de tiempo y lugar (conocimiento contextualizado) -en términos de Hayek- difería de aquél otro conocimiento científico sobre reglas generales en muchos

³¹⁹ Con relación, por ejemplo, a la descentralización del poder de mercado como fin valioso a alcanzar por parte de la agencia de competencia, CÁCERES FREYRE señala: “*This so-called populist goal has been criticized for the following reasons:*

- *The notion of fragmentation is too vague to be used as guidance for enforcing antitrust law.*
- *The best competition policy from the perspective of small businesses is not having any policy at all, because cartelization helps them competing by offering cheaper prices – they lack, by definition, economies of scale.*
- *A competition policy aimed at monitoring prices from big players to avoid price-cutting that affect small business would be administratively impracticable.*
- *The most effective way to protect small firms is using other legislations such as those that grant tax benefits and subsidies”.* CÁCERES FREYRE, Fernando. *Looking backward, Thinking forward: Should distributive concerns count in Competition Law?* En: Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual No. 03. INDECOPI. Pág. 138. El mismo autor, alineado con un sector de la doctrina, rechaza distribución de la riqueza como uno de los fines del sistema antimonopolio, persistiendo en que sólo es la eficiencia lo que debe preservarse y a lo que debe avocarse la autoridad de competencia.

aspectos: era desorganizado, no articulado, esencialmente subjetivo y pragmático, etc. De hecho, no sólo el empresario, sino cualquier individuo hacen uso primordial de este tipo de conocimiento contextual al tomar decisiones y actuar. En esta sección trataremos de sistematizar lo dicho al respecto.

Si bien no pretendemos profundizar en una teoría filosófica del conocimiento, debemos hacer notar que el conocimiento no es ni puede reducirse meramente a lo que entendemos como *ciencia*. Al actuar, los individuos utilizan tácitamente un conjunto de conocimientos de tipo pragmático, distinto del científico, que son producto de su interpretación subjetiva y espontánea de los hechos naturales y sociales. Desde nuestros hábitos más caseros, nuestras preferencias, nuestra manera de hablar, nuestros modales, hasta decisiones relativamente más complicadas como la reestructuración patrimonial de una empresa o la implementación de una política pública; en todas estas actividades echamos mano de intuiciones, corazonadas, creencias y demás ideas que conforman nuestro conocimiento ordinario o contextual. Se requiere de una decisión *intencional* de articular este conocimiento, de sistematizarlo, de generalizarlo a una clase entera de fenómenos y someterlo a prueba -empírica o no- para dar origen al *conocimiento científico*.

No sería prudente, sin embargo, hacer una división tajante entre uno y otro tipo de conocimiento. Podemos colocar al conocimiento científico en el extremo de una escala lineal, en cuyo extremo contrario ubicaríamos al conocimiento tácito y no articulado. Lo que existe a lo largo de nuestra escala serían conocimientos más articulados que otros, más generalizables que otros, más verificados o comprobados que otros, etc.

Cuando expresamos una preferencia por un bien -digamos, una prenda de vestir a rayas verticales y de un color determinado- implícitamente hacemos tal elección sobre la base de aquél conocimiento tácito y no articulado. Ello no impide que intentemos racionalizar este conocimiento, reflexionando activamente sobre por qué nos gusta dicha prenda, explicitando nuestros motivos y sistematizándolos en una serie de afirmaciones funcionales y

coherentes. Esta actividad de explicitación es lo que entendemos por *articulación*. Consiste en proyectar nuestras ideas y pensamientos *fuera de nosotros*³²⁰ para poder observarlos y analizarlos con mayor rigurosidad³²¹.

La diferencia lógica principal entre el conocimiento articulado y el no articulado reside en el hecho que podemos reflexionar críticamente sobre lo establecido explícitamente -conocimiento externalizado o articulado- de un modo que no podemos hacer sobre nuestro conocimiento tácito -conciencia de experiencia no articulada³²². Tomemos el ejemplo del mapa para ilustrar esta diferencia: cuando elaboramos un *mapa*, construimos conocimiento explícito y articulado de nuestro *sentido de la ubicación*, que es tácito y no articulado. Si bien este mapa puede estar errado, podemos iniciar un proceso crítico sobre él gracias a que es externo a nosotros (aunque lo hayamos elaborado nosotros mismos); en cambio, nuestro *sentido de la ubicación* o mapa mental- solamente puede evaluarse mediante la acción, es decir, utilizándolo *implícitamente* al actuar. Considerando la analogía del mapa, *toda teoría debe ser entendida como una suerte de mapa que exterioriza y articula nuestras ideas*.

Cada vez que producimos conocimiento articulado y científico sobre el universo, la sociedad y cualquier otro objeto de estudio, reconfiguramos nuestra estructura de conocimientos gracias a un proceso de *reorientación* o adaptación intelectual, cuyos principios se mantienen operando implícita e inarticuladamente, por lo que, *finalmente es el conocimiento tácito o no articulado el principio dominante de todo conocimiento*. O dicho de otra forma, siempre conocemos tácitamente que el conocimiento explícito que poseemos es verdadero y siempre nos apoyamos en un conjunto de facultades no articuladas para aprender y para reformular teorías³²³. Esto es así porque el

³²⁰ La expresión "*fuera de nosotros*" es figurada, evidentemente.

³²¹ Nótese, por ejemplo, que todo lo que decimos en este capítulo sobre el conocimiento no articulado es un intento de articulación del mismo.

³²² Cfr. POLANYI, Michael. *The Study of Man*. The University of Chicago Press. Chicago, 1959.

³²³ De hecho, la superioridad del hombre sobre los demás animales se debe a una imperceptible ventaja en sus *facultades originales no articuladas, pre-lingüísticas* (no formalizadas) que posteriormente nos permiten desarrollar el lenguaje y adquirir instrumentos formales de pensamiento, que finalmente definen nuestra superioridad intelectual. POLANYI, Michael. *Personal Knowledge. Towards a Post-Critical Philosophy* (1958) The University of Chicago Press. Edición Paperback. Chicago, 1974. Pág. 70.

proceso deliberado de articulación tiene *límites inherentes* en la propia mente humana; caso contrario, tendríamos la necesidad de perdurar reflexionando una y otra vez, explicitando y justificando cada vez con más detalle nuestras propias reflexiones y decisiones. Nos enfrentaríamos ante una cadena interminable de “¿Por qué?’s” que nos impediría toda actuación.

Sobre la base de lo dicho, debemos afirmar que el conocimiento científico es el conocimiento *más* articulado y sistematizado al que podemos acceder. Ciertamente, tiene otras características adicionales importantes. Es el *producto* de una actividad deliberada de investigación cuyo propósito consiste en explicar -entiéndase, describir y detallar el funcionamiento- de ciertos fenómenos elegidos por el investigador. Si bien el método para alcanzar y validar el conocimiento científico –i.e. el “método científico”- ha sido materia de discusión desde los filósofos griegos hasta la actualidad³²⁴, el común denominador de todos ellos ha sido la pretensión de alcanzar un conjunto de conocimientos generales sobre los fenómenos estudiados, descubrir las relaciones, dependencias y estructuras esenciales de la realidad, así como sistematizar y articular este conocimiento de manera *objetiva*; esto es, dejando de lado los particulares juicios de valor del investigador y procurando elaborar una teoría que pueda ser generalmente aceptada por su propio poder explicativo³²⁵. A diferencia de lo que sucede con el conocimiento pragmático,

³²⁴ La historia del debate sobre el método más apropiado para la ciencia es simplemente riquísima, a tal punto que nombrar a los más importantes pensadores en este campo es de suyo arbitrario. Con todo, estando a la brevedad de este pie de página, podemos mencionar entre los *filósofos griegos*: PLATÓN, ARISTÓTELES; entre los *científicos* que se ocuparon del método: Galileo Galilei, Isaac NEWTON y Gottfried Wilhelm LEIBNIZ; entre los *filósofos* que se ocuparon del método: Francis BACON, René DESCARTES, John LOCKE, David HUME, Immanuel KANT; entre los más renombrados empiristas: John HERSCHEL y John Stuart MILL; entre los iniciadores del positivismo: Auguste COMTE y Ernst MACH; entre los positivistas del Círculo de Viena: Ludwig WITTGENSTEIN, Moritz SCHLICK y Rudolf CARNAP; y entre los contemporáneos: Arturo ROSENBLUETH, Karl POPPER, Imre LAKATOS, Thomas KUHN y Paul FEYERABEND.

³²⁵ “La objetividad no nos demanda estimar el significado del hombre en el universo por el tamaño diminuto de su cuerpo, la brevedad de historia pasada o su probable futura carrera. No requiere que nos veamos a nosotros mismos como un mero grano de arena en medio de millones de Saharas. Al contrario, nos inspira con la esperanza de superar las tremendas discapacidades de nuestra existencia material, al punto de concebir una idea racional del universo que pueda hablar por sí misma. No es una exigencia de auto minimización, sino todo lo contrario, un llamado al Pigmalión en la mente del hombre” POLANYI, Michael. *Personal Knowledge. Towards a Post-Critical Philosophy* (1958) Op. Cit. Pág. 5 (Traducción libre).

en el ámbito científico el propósito es *conocer con certidumbre*, relegándose la *utilidad práctica* del conocimiento a un segundo plano.

Así pues, al margen de la verdad o la falsedad de las teorías científicas - determinación que corresponde a los propios científicos en el proceso evolutivo de creación y de crítica dentro de sus respectivas áreas de estudio-, éstas pretenden aplicarse a una clase entera de fenómenos de un modo general y no particular. Cuando afirmamos que tales teorías son objetivas, pretendemos decir que persiguen una validez universal y no contingente, ni dependiente de nuestras opiniones o juicios subjetivos, ni de nuestras experiencias particulares. Al respecto, POLANYI: *“Además, una teoría no puede perjudicarse por mis ilusiones personales. Para encontrar mi camino en el mapa, debo realizar un acto consciente de lectura del mapa, y quizás me confunda y me equivoque en el proceso, pero el mapa en sí no puede confundirse, se mantiene correcto o incorrecto, impersonalmente. Consecuentemente, una teoría en la que confío como parte de mi conocimiento se mantiene inafectada por las fluctuaciones que me ocurran a mí. Tiene una estructura formal rígida de cuya confiabilidad puedo depender al margen de mi estado de ánimo o deseo que tuviera”*³²⁶.

El progreso de las ciencias naturales, tales como la física, química, la biología o la astronomía es elocuente sobre este tipo de conocimiento científico y objetivo. Han desarrollado teorías científicas de validez universal al margen de la nacionalidad de sus autores, de sus clases sociales, de sus preferencias de toda índole, de sus juicios de valor, etc. Pero incluso en estas ciencias, por algún tiempo sus conclusiones no fueron adoptadas debido a ciertos prejuicios que desconfiaban de su carácter universal. Por ejemplo, cuando el calendario juliano había acumulado 13 días de atraso en relación a los movimientos del sol y de las estaciones, en 1582 se decretó un nuevo calendario -llamado gregoriano en honor al Papa Gregorio XIII- cuya inexactitud con el movimiento de la Tierra sólo ascendía a 1 día cada 3323 años. Por razones políticas y religiosas, este nuevo calendario no fue adoptado por algunos países

³²⁶ *Ibidem*. Pág. 04.

musulmanes sino hasta entrado el siglo XX; así como fue suspendido en la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas para ser reemplazado por un calendario “revolucionario”. Hoy en día, existe un consenso mayoritario en que las teorías de las ciencias naturales son útiles, pueden alcanzar validez universal -que no es lo mismo que *validez absoluta*- y pueden considerarse objetivas.

Ahora bien, las ciencias sociales también pretenden formular teorías acerca de ciertos fenómenos o regularidades que se presentan a partir de la interacción humana en sociedad. Al igual que en las ciencias naturales, estas las teorías sociales son científicas en cuanto los investigadores sigan un método que les permita llegar a conclusiones generales acerca de tales fenómenos³²⁷. En el caso de la ciencia económica, se estudia de manera abstracta (abstracción realista) los intercambios, la formación de los precios, la producción de bienes, la competencia, las causas y consecuencias de los ciclos económicos, etc., como fenómenos sociales sin hacer referencia a una sociedad históricamente definida; i.e. a un lugar y tiempo determinados³²⁸. Si éste último fuera el caso,

³²⁷ No han faltado, sin embargo, quienes niegan que en las ciencias sociales pudiera arribarse a tales conclusiones generales. Así, a finales del siglo XIX surgió en Alemania una tendencia a negar la existencia de leyes sociales (entre ellas, las económicas) de validez universal. Las ideas propugnadas por la denominada “nueva” o “joven” Escuela Histórica Alemana, liderada por Gustav SCHMOLLER, indicaban que toda teoría social debía ser *histórica* (en oposición a *ahistórica*), *concreta* (en oposición a *abstracta*), *empírica* (en oposición a *a priori*), *inductiva* y *descriptiva* (en oposición a *deductiva* y *explicativa*). La labor del teórico social consistía, entonces, no en formular generalizaciones abstractas sino en recopilar datos, elaborar estadísticas, estudiar a profundidad los hechos y la situación social económica, política, cultural, etc. concreta con el objetivo explícito de promover políticas de bienestar por parte del Estado alemán. Bajo esta consigna, SCHMOLLER fundó, junto con otros líderes intelectuales como Lujó BRENTANO y Ernst ENGEL, el *Verein für Socialpolitik* e inició una estrategia para penetrar estas ideas en las universidades mediante el copamiento de plazas para catedráticos. Sobre este movimiento, HULSMANN relata: “*Although Schmoller’s agenda was targeted primarily against the heroes of the free-trade movement—classical economists such as Adam Smith, Jean-Baptiste Say, and David Ricardo—it effectively killed the teaching of any type of economic theory in German universities. The so-called Younger Historical School under Schmoller went far beyond the healthy skepticism of theoretical abstractions that had characterized the works of the previous generation of German economists. The Schmollerites denied outright that there were any universal social laws at all: there were only certain regularities that changed with the changing institutions of society*”. HULSMANN, Jörg Guido. *Mises. The Last Knight of Liberalism*. The Ludwig von Mises Institute. Auburn, 2007. Pág. 122.

³²⁸ “*Esta ciencia está en relación a la sociedad, de la misma manera que la anatomía y la fisiología lo están en relación al cuerpo humano. Muestra bajo qué principios de su naturaleza el hombre tiende a entrar en estado de sociedad, cómo este hecho repercute en sus intereses y sentimientos, y mediante éstos, en su conducta; cómo la asociación tiende progresivamente a ser más cercana y la cooperación se extiende hacia más y más fines, cuáles fines son éstos, qué variedades de medios se adoptan por lo general para alcanzar los fines, cuáles son las diversas relaciones que se establecen entre los individuos como consecuencia de la unión*

no estaríamos ante la formulación de teorías científicas, sino ante el análisis de eventos históricos particulares, en el cual se hace una *aplicación práctica* (al caso concreto) de la teoría, así como también se interpreta determinados hechos concretos y se emiten diversos juicios de relevancia con respecto de las posibles causas y efectos del evento concreto analizado.

De lo anterior podemos concluir que el conocimiento científico es objetivo, general, centralizado y articulado. Sobre todo, que es un *producto deliberado* de la investigación. Caracterizado así el conocimiento científico, es evidente que los individuos –empresarios o no- poseen y utilizan en mucha mayor medida un *conocimiento no científico* cuando actúan e interactúan con otros. Ese conocimiento es el que hemos llamado *no articulado* o “contextualizado” pues se conforma del conjunto de ideas prácticas sobre las circunstancias particulares que vivimos, implícitas y no articuladas que nos sirven para tomar decisiones sobre los distintos cursos de acción, las relaciones que queremos y debemos entablar, y la manera en que debemos perseguir nuestros fines concretos.

La recurrente distinción atribuida a Gilbert RYLE³²⁹ entre el *knowing that* (saber que...) y el *knowing how* (saber cómo...) puede ayudarnos a comprender mejor estas diferencias. El primero consiste en conocer la realidad de un fenómeno, mientras que el segundo consiste saber cómo se logra un fin, al margen de la veracidad de ese cómo (método). Nuestro “saber qué” puede volverse en “saber cómo” cuando aplicamos nuestros conocimientos teóricos a la solución práctica de un problema; y viceversa, nuestro “saber cómo” puede convertirse en “saber qué” si nos proponemos a estudiar la realidad del fenómeno para extraer lecciones generales vía articulación y objetivización.

MILL ya discernía esta distinción cuando diferenciaba la *ciencia* del *arte*: “*La ciencia es conjunto de verdades; el arte, un cuerpo de reglas o directrices para*

social; cuáles otras relaciones surgen en otros estados de la sociedad, en qué orden histórico dichos estados tienden a sucederse, y cuáles son los efectos de cada uno de estos estados en la conducta y carácter del hombre”. MILL, John S. *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy* (1844). Batoche Books, Segunda Edición. Kitchener, 2000. Pág. 96.

³²⁹ Ver: RYLE, Gilbert. *The Concept of Mind* (1949). Hutchinson House. London, 1951. Págs. 25 y ss.

la conducta. La ciencia toma conocimiento de un fenómeno y pretende descubrir sus leyes, el arte se propone así mismo un fin y procura los medios para alcanzarlo. [...] Si la Economía Política es una ciencia, entonces no puede ser un conjunto de reglas prácticas” Y más adelante, refiriéndose al acostumbrado dicho de que “*toda regla tiene su excepción*”, el mismo autor se cuidaba de apuntar que tal afirmación es superficial e inadecuada en el ámbito de la ciencia. A veces la ciencia “*dice algo de una clase entera de fenómenos que corresponde sólo a una parte, pero por lo general su error consiste no en hacer una afirmación demasiado extensa, sino en hacer un tipo de afirmación errónea: haber predicho un resultado concreto en vez de una tendencia hacia dicho resultado: una fuerza que actúa con cierta intensidad esa dirección. Sobre las excepciones, en ninguna ciencia razonablemente avanzada existen propiamente excepciones. Lo que se cree una excepción a un principio es siempre otro y distinto principio neutralizando aquél: alguna otra fuerza que interrumpe la primera y desvía su dirección. No existe una ley y una excepción a la ley -una ley que actúa para el 90% de casos, y una excepción, para el 1% de ellos. Hay dos leyes, cada una actuando posiblemente en todos los casos, y generando un resultado común de su actuación conjunta*”³³⁰. Sólo en el arte, entendido con un conjunto de reglas prácticas para alcanzar fines concretos, podemos hablar de excepciones con propiedad³³¹.

Es evidente que el estudio, significado e importancia del *conocimiento no científico* u “*ordinario*” –según términos de HARDIN-, han sido relegados por las teorías filosóficas estándares acerca del conocimiento. La razón radica en que estas teorías se centran en la *justificación* del conocimiento -es decir, en su contenido veraz- y por tanto, no pueden dar cuenta o aplicarse al conocimiento “*ordinario*”, cuyo rasgo es la *utilidad y la no articulación*³³².

³³⁰ MILL, John S. *Essays on some...* Op. Cit. Pág. 113 (Traducción libre).

³³¹ *Ibidem*. Pág. 114.

³³² Russell HARDIN presenta cómo las principales escuelas de epistemología fracasan en explicar el conocimiento “ordinario”:

1. *Epistemología fundamentalista*: Esta posición señala que existen algunas cosas que se conocen directamente y que todas las demás son deducibles de estas cosas directamente conocidas.

Si pretendemos dar cuenta del conocimiento ordinario a partir de este postulado, fracasaríamos, pues éste es una aglomeración *desordenada* de conocimientos. Además, tampoco conocemos lo que conocemos por deducción.

El conocimiento ordinario es *pragmático*, ya que para los individuos actuantes la justificación o la veracidad de un conocimiento no es tan importante como su *utilidad práctica* para alcanzar los fines concretos que se han impuesto. Vale la pena hacer dos precisiones aquí: Primero, que la preponderancia de la *utilidad práctica* del conocimiento ordinario en ningún modo es reprochable, pues existe un *trade off* entre obtener más conocimiento “justificado”, comprobado y general, y realizar otras actividades que nos interesan. Por ende, es perfectamente racional que alguien pretenda perseguir sus fines aprendiendo en el camino reglas prácticas (incrementar sus conocimientos no articulados), en vez de estudiar y adquirir conocimientos debidamente comprobados mediante rigurosos métodos. Así como es racional que un individuo pretenda hacerse con algunos conocimientos científicos para potenciar la productividad pragmática de su conocimiento ordinario. Ello tampoco relega de importancia al conocimiento articulado y justificado. El hecho que existan estudiosos de numerosas disciplinas deseosos de sistematizar y formular teorías generales nos indica que existe una utilidad *mediata* de las mismas, esto es, que el *know that*, al brindarnos un entendimiento más adecuado y exacto de los fenómenos puede efectivamente fortalecer y mejorar enormemente nuestro *know how*. Segundo, partiendo de que el conocimiento ordinario es el conjunto de ideas y de creencias no justificadas formalmente, debemos decir que es un conocimiento que no necesariamente está ordenado ni sistematizado. Es pues, subjetivo, ya que no pretende convertirse en una teoría generalmente aceptada, sino únicamente pretende servir a la obtención de un fin

2. *Epistemología coherentista*: Para esta posición, cada *bit* de nuevo conocimiento es juzgado como conocimiento real si encaja coherentemente con el resto del conocimiento aceptado.

Nuevamente, el conocimiento aceptado o existente por los individuos no siempre es coherente. De hecho, muchas veces es contradictorio. HARDIN explica que una misma persona tiene diversos *bloques* de conocimiento, los cuales pueden ser coherentes dentro de sí mismos, pero incoherentes con conocimientos pertenecientes a otros bloques.

3. *Epistemología externalista*: Bajo esta visión, todo conocimiento requiere de un link externo, causal, de una justificación.

Sin embargo, esta posición requeriría un ser omnisciente que concluya si existe una apropiada conexión entre la realidad y la creencia del individuo. Al margen de ello, es un criterio irrelevante para efectos de juzgar al sujeto sobre lo que él –errada o correctamente- conoce.

4. *Epistemología procesalista*: Esta postura afirma que son verdaderos aquéllos hechos que han sido testeados conforme a un procedimiento relevante.

Una vez más, el conocimiento ordinario, no científico, claramente no se da por esta vía.

5. *Comunalismo*. Sostiene que el conocimiento es lo que se funda en una particular comunidad de conocedores. Ver. HARDIN, Russel. *How do you know? The Economics of Ordinary Knowledge*. Princeton University Press. Princeton, 2009. Págs. 20-23.

arbitrariamente prefijado. Así, no distingue entre los siguientes modos: “Yo sé que...”, “de seguro que...”, “más que probable que...”, “creo que...”, “El New York Times dijo que...”, y “escuché que quizás...”; sino que todos son adoptables en cuanto sean *útiles*. En cuanto el individuo empiece a preocuparse por la veracidad y la justificación de determinadas afirmaciones, independientemente de su origen, y procure iniciar un método para comprobarlas, estará revelando una actitud científica, que sólo producirá teorías científicas si son generalizables –mediante un método debido- a la clase entera de fenómenos que son objeto de estudio y reflexión. En suma, en la producción del conocimiento científico el fin inmediato es acercarse al fenómeno, entenderlo y explicarlo, mientras que la *utilidad práctica* del mismo queda relegada a un segundo plano.

Estas ideas sobre el conocimiento pueden aplicarse palmariamente al caso de las instituciones sociales. Cuando anteriormente mencionamos a las instituciones sociales, dijimos que éstas se forman de manera evolutiva en la sociedad a partir de las interacciones repetitivas y adaptativas de los individuos, quienes actúan equipados con un pequeño *stock* de conocimientos subjetivos y generan en el tiempo, de manera descentralizada, pautas de comportamiento que hacen posible la vida en sociedad. Pues bien, ese pequeño *stock* de conocimientos que posee cada individuo es aquél conocimiento ordinario y no articulado del que venimos hablando. En cambio, el estudio formal –articulado y sistematizado- de las instituciones sociales no es sino la racionalización o explicitación deliberada y *ex post* de la utilidad, objetivos y funciones de tales instituciones, y corresponde al ámbito del conocimiento científico.

Del mismo modo que cuando hacemos uso efectivo de las instituciones sociales expresamos nuestra *confianza* en las virtudes de su producción descentralizada, también confiamos tácita y pragmáticamente en el sistema descentralizado de producción de conocimientos científicos. Esta *confianza* es, sin duda, un conocimiento no articulado que, al igual que las instituciones sociales, puede articularse parcialmente *ex post*, rastreando su racionalidad y la justificación de la siguiente manera: “La división del trabajo tiene otro gran

valor para el individuo: reduce la inversión que el individuo debe hacer para entender el mundo. Puedes confiar en aquéllos especialistas que ya han descifrado partes del mundo por lo menos mucho mejor que tú. Estos especialistas podrían estar equivocados algunas veces, pero aún así, en promedio, estarían menos veces equivocados que tú si tuvieras que confiar en tu sola sabiduría y experiencia. Tan igual como confías en que otros hacen carros que funcionan, así también confías en que por lo general otros producen conocimiento que funciona. En la generación social del conocimiento, todos participamos de la división del trabajo, y esto implica confianza en la autoridad y en el testimonio”³³³. Por extensión, también confiamos en aquéllos especialistas que producen conocimientos morales y religiosos.

¿Qué podemos concluir de todas estas reflexiones? Tal como indicamos antes, que el conocimiento científico es el más objetivo, general, centralizado y articulado que podemos construir deliberadamente a partir de la investigación y que sólo conforma una pequeña parte de todo el conocimiento humano. Los individuos poseen en mayor medida un conocimiento *no científico* u “ordinario” que sustenta nuestro intelecto, y que es: (i) *subjetivo*, en oposición a *objetivo*; (ii) *no articulado*, tácito o implícito, (iii) *particular*, en oposición a *general*; (iv) *desordenado*, en oposición a *coherente y sistematizado*; (v) *descentralizado o disperso*, en oposición a *centralizado*; (vi) *pragmático*, en oposición a *justificado*.

4.3. El conocimiento empresarial.

Anthony es un empresario típico. Empezó su negocio adquiriendo dos autos para alquilárselos a favor de taxistas independientes, quienes le pagaban una renta diaria por usufructuar los autos. Había visto que era una práctica común y relativamente rentable. Poco a poco aprendió el conjunto de normas consuetudinarias relativas al negocio -tales como ceder el auto un día a la semana sin cobrar renta o encargarse de mantener los autos en adecuado funcionamiento para su uso-, normas que nadie había inventado

³³³ *Ibídem.* Pág. 14.

centralizadamente ni están reguladas en algún código emitido por el Congreso, sino que surgieron como fruto de la interacción espontánea de otros como él, y se adaptó a ellas. Aprendió asimismo reglas y estrategias prácticas para elevar la productividad de su negocio y reducir sus costos: seleccionar a sus taxistas sobre la base de ciertos criterios aprendidos en la práctica, no fiar a los taxistas, asociarse con un mecánico de su confianza para aprovechar las economías de escala en la reparación de los autos, investigar y descubrir a los distribuidores de repuestos más baratos y confiables, ahorrar para adquirir más autos y asegurar así el riesgo de que su negocio se paralice cuando uno o los dos primeros autos se averíen, entablar relaciones personales con sus taxistas para generar confianza y lealtad, etc. Con el tiempo adquirió pericia en el manejo del negocio, lo que le permitió explorar nuevas fronteras del mismo. Así, pudo crecer aprovechando economías de escala y de alcance, compró nuevos autos y contrató más taxistas independientes, estableció su propio taller de mecánica en vez de pagarle a un mecánico independiente, contrató un gerente operativo que administre la caja diaria y tome ciertas decisiones, aprendió financiarse de la manera más adecuada para su flujo de ingresos en cada etapa del negocio, etc.

En primer lugar, debemos hacer notar que Anthony ha venido actuando empresarial y competitivamente en el sentido que hemos definido en este trabajo. Al ver que otras personas tenían ingresos rentables del alquiler de autos para taxis, pudo *descubrir* ciertas descoordinaciones en el mercado que le brindaban a él oportunidades de beneficio explotables. Las ganancias observadas inicialmente, como ya hemos indicado, son un *signo* de que las acciones empresariales emprendidas por otros empresarios realmente satisficieron a los demandantes. Por supuesto, el hecho de que otros alcancen ganancias no significa que uno también pueda obtenerlas replicando automáticamente sus acciones. Se requiere una labor *interpretativa* y *especulativa*; concretamente, creer que las acciones empresariales llevadas a cabo exitosamente *no son suficientes comparadas con la demanda pendiente de satisfacer* y que todavía existen oportunidades rentables de reasignación de recursos en el mismo rubro. Y la persecución de estas ganancias esperadas es

competitiva en cuanto el empresario pretende aprovecharlas antes que otros, de manera excluyente³³⁴.

Segundo, ¿Cómo así la labor del empresario es *interpretativa* y *especulativa*? Cuando Anthony vio que otros tenían ciertas ganancias, interpretó tácita o explícitamente *cuáles fueron las causas* de tales ganancias, esto es, cuales fueron los hechos, las condiciones y conductas que determinaron la generación de las ganancias observadas, para posteriormente adaptarse de la mejor manera a las condiciones futuras esperadas. Lógicamente, las acciones efectivas de Anthony dependieron de esta interpretación, ya que no era lo mismo atribuir las ganancias observadas a: (i) la propiedad de un recurso difícilmente replicable, (ii) a un privilegio legal (digamos, un derecho de patente) o (iii) a una buena administración de recursos. La *labor interpretativa*, entonces, consiste en la evaluación y la emisión de *juicios de relevancia* con respecto a los hechos que se observan, sus causas y la intensidad de la relación entre ambos. En un mercado no intervenido, los hechos materia de esta interpretación empresarial son los diversos signos o señales objetivas, tales como precios, tasas de interés, niveles de rentabilidad, data agregada sobre determinadas industrias, etc., provenientes de la interacción iterativa entre agentes económicos. Los *juicios de relevancia* que se generan en la *labor interpretativa* de estos signos del mercado tienen un gran componente *subjetivo* y están determinados por una serie de experiencias individuales previas y/o creencias, avocándose exclusivamente al caso concreto; sin pretender “ser justificables científicamente” ni generalizables a una clase entera de fenómenos o eventos. *Al actuar empresarialmente, entonces, se utiliza un conocimiento subjetivo y no científico; un conocimiento que no es un “producto” de la investigación deliberada, sino un conocimiento aprendido y aplicado a las circunstancias concretas que enfrenta. Es un conocimiento del tipo knowing how, y no knowing that. De hecho, la gran mayoría de las veces estos juicios se mantienen inarticulados, sin una reflexión explícita sobre los mismos.*

³³⁴ Si pretende aprovechar sólo *parte de* y no *todas* las ganancias posibles de dicha actividad, entonces estará disminuyendo la porción de ganancias aprovechables en ese mercado, excluyendo siempre a otros competidores.

La *labor especulativa* del empresario consiste en utilizar su imaginación y creatividad para generar *expectativas* a partir de los signos históricos que interpreta, sobre (1) ámbitos del presente que no conoce inmediatamente y sobre (2) el comportamiento futuro de los agentes del mercado (Vg. Demanda futura de un bien determinado). Demás está decir que estas *expectativas* contienen elementos de subjetividad, individualidad y arbitrariedad *aún mayor* que la mera interpretación histórica. En nuestro ejemplo, Anthony no sólo inevitablemente interpretó los signos de rentabilidad observados –digamos, atribuyendo el éxito empresarial de ese negocio a *un flujo de información privilegiada* y al *manejo eficiente de recursos*-, sino que a efectos de actuar empresarialmente, primero tuvo que formarse *expectativas* sobre varios aspectos de la realidad de ese negocio que no conocía. Pero aún más importante, dado que el futuro es incierto, necesariamente debía hacerse una imagen acerca de varios hechos futuros a fin de evaluar la rentabilidad del inicio de su negocio propio, a saber:

- (i) *Expectativas* sobre la intensidad de la demanda de alquiler de autos por parte de taxistas independientes; ya que es perfectamente posible que éstos se dediquen a otras actividades productivas, o que por ejemplo, adquieran sus propios autos vía arrendamiento financiero.
- (ii) *Expectativas* sobre la demanda mediata de transporte en taxis por parte de los ciudadanos, pues sobre esta demanda se origina y se mantiene la demanda de sus taxistas. Así pues, una disminución en los precios de autos así como una ordenación eficiente del sistema de transporte público podría hacer que los ciudadanos disminuyan la cantidad de veces que utilicen taxis, y con ello, los taxistas se verán menos atraídos por competir en ese rubro.
- (iii) *Expectativas* sobre los precios de los autos que luego arrendará a los taxistas independientes. En buena cuenta, estamos refiriéndonos al precio de uno de los factores de producción más importantes para su negocio (los autos); de tal modo que una *expectativa* de incremento de precios de estos autos podría tornar en inviable su proyecto. Vg. Si existe un lobby congresal para prohibir la circulación de autos que tengan más de 10 años de antigüedad y prohibición de importar autos

usados, se puede esperar razonablemente un aumento de precios y un consecuente detrimento en la rentabilidad esperada del negocio.

(iv) Expectativas sobre otros precios, tales como las tasas de interés y los tipos de cambio, o precios de otros factores de producción y de bienes complementarios (Vg. Repuestos, neumáticos, servicios automotrices, seguros, etc.).

(v) Expectativas sobre la actuación del Estado con respecto del mercado de taxis; ya que es posible -tal como sucede en otros países- que el Estado imponga la adquisición de licencias especiales (“medallones”, en el caso de Nueva York) como requisito para operar taxis. En ese caso, el negocio podría dejar de ser rentable.

(vi) Expectativas sobre las ganancias en otros negocios. Ya hemos mencionado que la noción de *rentabilidad* siempre es relativa a una comparación entre ganancias esperadas y costos de oportunidad entendidos como ganancias no aprovechadas o sacrificadas. En ese sentido, para que un negocio sea rentable en términos económicos, el empresario debe hacerse una idea de las alternativas a las que renuncia cuando emprende un curso de acción determinado.

(vii) Y un sinnúmero de expectativas sobre otros aspectos.

Ahora bien, todas estas expectativas subjetivas se originan a partir de la inerradicable incertidumbre de mercado, de la que ya nos hemos ocupado antes. Más importante aún es reconocer que todos estos conocimientos *no son científicos ni objetivos* en el sentido que hemos definido anteriormente, y ni siquiera son conocimientos articulados o sistematizados; sino que pertenecen a la legión de conocimientos prácticos o “artísticos” - en términos de MILL-ordinarios y tácitos que utilizamos en cualquier acción. Es más, la articulación, objetivización o generalización de estas habilidades empresariales resulta muy difícil puesto que, al *especular*, el empresario no intenta conocer fenómenos o eventos reales y existentes, sino hacerse una imagen creativa de hechos que aún no se han llevado a cabo -i.e. que no existen- a fin de que guíen su actuación. Lo mismo puede decirse de la *labor interpretativa*: los hechos económicos y las señales que han dejado son hechos del pasado cuyo *significado* no está allí afuera listo para ser aprehendido, ni son una realidad

objetiva a la que hay que alcanzar, sino que constituyen propiamente una evaluación activa de la mente del empresario. *En una frase, es una lectura particular de la coyuntura.* La interpretación histórica del empresario y su labor especulativa se sostienen en conocimientos subjetivos, no articulados y contextuales; que revelan los juicios de valor, las experiencias, las intuiciones o corazonadas y creencias del empresario.

No decimos que el empresario *deba* o *no deba* actuar así. *Decimos que no puede evitar interpretar y especular cuando tiene la necesidad de tomar una decisión en el mercado.* Tampoco decimos que todos estos conocimientos sean inútiles o “inferiores” por no ser científicos; al contrario, *el ejercicio de estas labores es precisamente lo que explica el desarrollo creativo y evolutivo del mercado.* Pero debemos situarlos en su debido contexto: son falibles y constituyen una *apuesta* propiamente dicha; esto es, que las acciones empresariales –sostenidas siempre sobre un conjunto de conocimientos subjetivos, pragmáticos, contextuales y especulativos- están inevitablemente inmersas en un proceso de ensayo y error.

Para evitar el error recurrente, los empresarios aprenden conocimientos científicos, más articulados o más objetivos, con la intención de aplicarlos en la práctica y afinar así sus habilidades para “leer” las señales que da el mercado. Se instruyen formalmente en economía, ingeniería, administración, negocios, etc. para adquirir conocimientos más articulados, así como ciertas pautas de conducta práctica generalmente adoptadas por otros empresarios en función al éxito percibido. El fin de esta instrucción no es otro que conocer las generalidades teóricas de los fenómenos que enfrentan y de ciertos “problemas-tipo” que se presentan recurrentemente, explicitando sus principales características y su dinámica para así poder adoptar mejores decisiones en la práctica. Así pues, aprenderán la técnica para llevar la contabilidad de la empresa, estudiarán las principales características históricas y la evolución de ciertos mercados específicos, la técnica para recabar datos históricos y ordenarlos en agregados (estadística), cómo leer e interpretar estos agregados, conocerán los principales teoremas de la economía, atendiendo principalmente a las consecuencias de ciertos tipos de acciones y las

consecuencias de determinadas distorsiones, aprenderán los métodos y procedimientos de gestión de recursos a fin de incrementar la productividad y competitividad de los negocios, disminuyendo así sus costes, etc.

Si bien el empresario adquiere todos estos conocimientos genéricos con la finalidad de potenciar sus habilidades empresariales en los casos concretos, tales instrumentos *no le eximen* de realizar su *labor interpretativa y especulativa* –esencialmente subjetiva e inarticulada- al momento de adoptar decisiones. Así por ejemplo, aunque el empresario esté debidamente instruido en contabilidad de costes (técnica articulada), siempre tendrá que determinar el equivalente monetario de las partidas que han de entrar en sus cálculos. Estos equivalentes monetarios no son sino el producto de la *comprensión* (interpretación) y de la anticipación *especulativa* del empresario acerca de sus activos y pasivos. En el caso concreto, valorizar monetariamente una máquina de serigrafía o una marca comercial requiere que el empresario evalúe a qué precio podrían colocarse dichos activos en el mercado si tuvieran que ser liquidados, *cuestión que no depende de la técnica formal* ni de la ciencia. En algunos casos, tales como la valorización monetaria de créditos por cobrar, el empresario debe incorporar, además, una estimación subjetiva -plasmada en un número o porcentaje- acerca de la probabilidad de cobro efectivo de dichos créditos.

En el mismo sentido, si bien el empresario puede aprender los teoremas fundamentales de la ciencia económica, digamos, la *ley del rendimiento* o las *ventajas de las economías de escala*, tales conocimientos por sí solos jamás le serán suficientes para conocer cuál es la combinación óptima de factores de producción en el caso concreto, ni cuánto crecer para aprovechar al máximo las economías de escala, dadas ciertas circunstancias. Los conocimientos ordenados y articulados sobre los fenómenos económicos pueden ayudar a *mejorar* la toma de decisiones empresariales -pues nos informan de las características generales de los fenómenos y ordenan nuestros razonamientos e interpretaciones-, sin embargo, *es la aplicación práctica -silogística- de estos conocimientos al caso concreto -que se por sí ya requieren de interpretación y*

especulación- aunado a una serie de otros conocimientos subjetivos y no articulados lo que subyace finalmente a tales decisiones empresariales.

Cabe reiterar que, en su debida dimensión, las acciones empresariales son verdaderas *apuestas* sometidas a un proceso de ensayo y error en el mercado. Que el empresario domine a la perfección las técnicas de administración y la contabilidad de costes, los teoremas económicos o que maneje magistralmente las herramientas matemáticas y la estadística no le liberan de este contingente proceso ni le garantizan éxito alguno; más bien, el sólo hecho de que constantemente pretenda descubrir cómo innovar y reducir costos demuestra que está inmerso en un constante proceso de aprendizaje de conocimientos prácticos. *No hay ciencia, por tanto, que pueda suplir el carácter evolutivo del proceso de mercado.*

Para mayor claridad de este punto, podemos establecer una analogía entre el empresario y el jugador de ajedrez. El ajedrecista puede aprender numerosas tácticas y estrategias descritas en un libro de ajedrez, jugadas-tipo y soluciones a escenarios recurrentes, todas ellas debidamente formalizadas y explicadas; sin embargo, este aprendizaje apenas es una etapa previa para la generación del conocimiento que le va a servir para ganar la partida. Si bien el primero es importante pues potencia la habilidad del ajedrecista, *no es lo que sustenta cada movida.* Lo que sustenta cada movida es un conocimiento práctico, contextualizado al caso concreto, en función a la interpretación subjetiva de las movidas del contrincante (Vg. “descubrir” su estrategia), y las expectativas acerca de sus movidas futuras.

En resumen, *toda* reasignación de recursos puesta en marcha por el empresario con la intención de aprovechar oportunidades de ganancia es fruto necesario de una *labor interpretativa y especulativa* del mismo y constituye una *apuesta* sometida a un proceso de ensayo y error. Las predicciones o expectativas del empresario y los resultados exitosos de la reasignación de los recursos que ha impulsado son siempre *contingentes* y generan un *proceso de aprendizaje*. Pero más relevante para los efectos del presente capítulo es reconocer que la interpretación histórica y la especulación *no son*

conocimientos técnicos u objetivos, sino conocimientos subjetivos, creativos, plagados de pragmatismo al caso concreto, creencias no justificadas formalmente y juicios de valor no articulables. *Son estas notas primordiales de la empresarialidad lo que justifica la extendida idea de que los empresarios exitosos son aquéllos que “pueden ver lo que otros no ven”; esto es, que adquieren ciertos conocimientos prácticos y contextuales, que, con independencia de su instrucción formal, les permiten apreciar o crear oportunidades de ganancia que otros no logran apreciar, y aprovecharlas.* Y es que no existe una manera “científica” o “técnica” de “jugar” en el mercado, de ejercer la actividad empresarial competitiva de reasignación de recursos hacia fines más valiosos³³⁵.

4.4. La agencia de competencia y el conocimiento empresarial.

¿Qué importan todas estas reflexiones y precisiones con respecto a la actividad de las agencias de competencia? Recordemos que el Derecho de la Libre Competencia pretende que la agencia de competencia corrija, de un modo imparcial, objetivo y técnico, los efectos de las prácticas anticompetitivas, sin perseguir otro fin que la eficiencia del sistema.

¿Es posible esta pretensión como objetivo del sistema de defensa de la competencia? Veamos. Al corregir las conductas anticompetitivas, las agencias de competencia no solamente pueden sancionar económicamente a las empresas denunciadas mediante imposición de multas, sino que también están facultadas a ordenar *medidas correctivas*³³⁶, a saber:

³³⁵ A modo de síntesis, HUERTA DE SOTO: “*Ahora bien, podemos plantearnos la siguiente pregunta esencial: ¿qué características tiene la información o el conocimiento relevantes para el ejercicio de la función empresarial? Estudiaremos con detalle seis características básicas de ese tipo de conocimiento: 1) es un conocimiento subjetivo de tipo práctico, no científico; 2) es un conocimiento privativo; 3) se encuentra disperso en la mente de todos los hombres; 4) en su mayor parte es un conocimiento tácito y, por tanto, no articulable; 5) es un conocimiento que se crea ex nihilo, de la nada, precisamente mediante el ejercicio de la función empresarial; y 6) es un conocimiento transmisible, en su mayor parte de forma no consciente, a través de complejísimo procesos sociales, cuyo estudio constituye el objeto de investigación de la Ciencia Económica*”. HUERTA DE SOTO, Jesús. *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*. Tercera Edición. Unión Editorial. Madrid, 2005. Pág. 52.

³³⁶ Decreto Legislativo N° 1064 – Ley de Represión de conductas Anticompetitivas.

“Artículo 14.2. *Son atribuciones de la Comisión:*

[...]

1. La celebración de determinados contratos, si declaran FUNDADA una denuncia por *negativa injustificada a contratar*,
2. La adopción de ciertos términos o condiciones en los contratos a favor de ciertos competidores, si declaran FUNDADA una *denuncia por discriminación*,
3. La desintegración de paquetes de bienes ofrecidos, si declaran FUNDADA una denuncia por *ventas atadas*,
4. La desintegración de integraciones verticales u horizontales de cualquier tipo, incluidos los acuerdos de colaboración empresarial, si declaran FUNDADA una denuncia por *acuerdos restrictivos* de la libre competencia,
5. La inaplicación de acuerdos sobre fijaciones de precios u otras prácticas restrictivas, si declara FUNDADA una denuncia por cartelización, etc.

La medida correctiva más genérica es el cese –entiéndase, la modificación- de la conducta anticompetitiva analizada y sancionada en el caso concreto. Además de ello, el ordenamiento legal ha previsto, a favor de las agencias de competencia, la facultad de ordenar discrecionalmente una serie de medidas cautelares de distinta naturaleza con el objeto de asegurar la eficacia de las futuras medidas correctivas.

Está claro desde un principio que todas las decisiones antes mencionadas implican una *modificación deliberada de la estructura productiva y de precios vigente*. Al ordenar que un productor contrate con dos ó más distribuidores en vez de contratar con uno solo, que los términos y condiciones de ciertos contratos sean modificados a favor de competidores denunciados, que se

c) *Dictar medidas correctivas respecto de las conductas anticompetitivas; [...]*

Artículo 46.- *Medidas correctivas.-*

46.1. *Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:*

a) *El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;*

b) *De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o*

d) *El acceso a una asociación u organización de intermediación.*

46.2. *El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas”.*

varíen las condiciones en que ciertos bienes son ofrecidos, que la coordinación de los procesos productivos se realice intra-empresa en vez de inter-empresas, que las estrategias de mercado sean adoptadas individualmente en vez de colectivamente, etc., la agencia de competencia procura mejorar la eficiencia de la estructura de relaciones económicas que los agentes del mercado -tanto empresarios de cualquier nivel como consumidores finales- han establecido espontáneamente en un momento histórico determinado. Si adoptamos momentáneamente la tesis del rol estrictamente correctivo, el argumento de la agencia de competencia radicaría en que el actual esquema de relaciones económicas -esto es, la estructura productiva vigente- es *ineficiente* o está *descoordinado* “por culpa del denunciado” y que, en consecuencia, es necesaria una intervención en la misma para alcanzar otra situación de mercado de mayor eficiencia y coordinación, o -en los términos de los doctrinarios del Derecho de la Libre Competencia- “*restablecer la eficiencia del mercado*” mediante la expedición de medidas correctivas; sin perjuicio de sancionar económicamente al “culpable”.

Esto es lo que se aprecia patentemente cuando, por ejemplo, en el caso de Depósitos Santa Beatriz S.R.L. y otros contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (Expedientes acumulados N° 001-2001/CLC y 002-2001/CLC), el Tribunal del INDECOPI ordenó a la denunciada “*el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados*”; sin perjuicio de sancionarla con 50 UIT’s. O cuando, en el caso de Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. (Expediente N° 003-2003/CLC), la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ordenó a Quimpac S.A., como medida complementaria, que, “*en tanto mantenga posición de dominio en la producción y distribución de hipoclorito de sodio, se abstenga de establecer relaciones de exclusividad que puedan constituir restricciones verticales a la competencia*”, además de multar a las denunciadas con 325,93 UIT’s.

Así pues, en este punto no pretendemos reiterar nuestras críticas al error usualmente cometido por las agencias de competencia consistente en analizar

estáticamente el mercado en vez de considerarlo como un proceso dinámico, sino más bien queremos puntualizar que sus *decisiones están orientadas a reasignar recursos, o al menos, los términos y condiciones sobre los que los recursos han de ser asignados en las actividades productivas, modificando así la estructura productiva y de precios vigentes con el objeto de mejorar la eficiencia y la coordinación del mercado.* La recurrente exigencia de que las agencias de competencia realicen un exhaustivo análisis de costos y beneficios sociales de las conductas denunciadas -análisis denominado “regla de la razón”- se fundamenta en esta finalidad *coordinadora* de la agencia.

Es en este sentido que podemos asimilar la actividad de la agencia de competencia a la de los empresarios. Recuérdese que los empresarios, enfrentados con la incertidumbre de qué producir y cómo hacerlo, crean oportunidades de beneficio puro cuando perciben descoordinaciones o ineficiencias en las condiciones actuales del mercado, procediendo a reasignar recursos a través de arreglos contractuales con los propietarios de los factores de producción hacia la producción de bienes más valiosos, en mejores condiciones que aquéllas ofrecidas hasta ese momento. Al actuar, buscan coordinar mejor la utilización de los recursos (medios) con las necesidades de sus contrapartes (fines), incrementando así, marginalmente, la eficiencia del sistema.

Si bien puede aceptarse que las motivaciones particulares de la agencia de competencia y de los empresarios no son las mismas -pues éstos últimos realizan esta función con la intención de apropiarse de la ganancia creada mientras que aquélla lo hace porque así se lo ordena el marco legal- hemos de aceptar forzosamente que *el tipo de actuación en ambos casos es esencialmente el mismo.* Finalmente, el mercado es un proceso dinámico movido por *acciones empresariales*, ya sean éstas ejercidas por los empresarios privados o por las agencias estatales. El *quid* de esta afirmación implica *negar* que las agencias de competencia tengan alguna *ventaja cognoscitiva* para identificar estas descoordinaciones o situaciones ineficientes mejor que los empresarios privados; o lo que es lo mismo, *negar* que las agencias puedan detectar ineficiencias de una manera imparcial y objetiva, así

como que *puedan* corregirlas sobre criterios no arbitrarios. Su actuación siempre será *empresarial*, en el sentido más preciso de la palabra.

Al evaluar la anticompetitividad de las conductas materia de denuncia y al dictar -consecuentemente- medidas correctivas, es inevitable que las agencias de competencia -al igual que los empresarios privados- ejerzan una labor *interpretativa* de los signos de la estructura productiva actual y además, una labor *especulativa* acerca del futuro, de las situaciones hipotéticas que se hubieran desarrollado sin las conductas anticompetitivas denunciadas, así como las consecuencias de su propia actuación. Tal como hemos detallado en el acápite anterior, las exigencias cognoscitivas que sustentan esta actuación no pueden fundarse sobre conocimientos científicos, objetivos o técnicos, ya que éstos simplemente ayudan al actor a *conocer la dinámica general* de los fenómenos y a *ordenar* sus razonamientos. Al contrario, el análisis de los casos particulares y la decisión deliberada de *corregir* el estado actual de las cosas exigen un conjunto de juicios de relevancia, juicios de valor, la creación de expectativas subjetivas sobre múltiples aspectos de la realidad económica, y una serie de otros conocimientos inarticulados de la coyuntura, que en conjunto son creados para afrontar el caso concreto, y que no pueden plasmarse enteramente en las resoluciones de la agencia de competencia. Tomando ello en cuenta, sus decisiones tienen la misma condición de *apuestas creativas de cara al futuro* que las acciones empresariales llevadas a cabo por los privados. Esto no significa que el nivel de análisis de los casos de libre competencia sea deficiente, sino únicamente que las acciones “meramente correctivas” en el mercado son un objetivo falaz.

Esto nos permite avanzar con algunos corolarios. Las motivaciones políticas -tales como la promoción deliberada de la innovación, la transferencia de riqueza, la protección de las pequeñas empresas, etc.- que algunos teóricos de la Libre Competencia se esmeran en excluir de esta disciplina no son sino expresiones de los necesarios juicios *valorativos* que la autoridad decisora utiliza también -inevitablemente- en la “mera protección” del mecanismo de mercado. La pretendida neutralidad de un análisis basado sólo en la eficiencia es contradictoria, ya que la eficiencia como criterio ya contiene en sí misma la

exigencia de hacer un juicio *valorativo* de los costos y beneficios de las conductas denunciadas. No es, pues, una decisión de tipo ingenieril. Menos aún si tenemos presente que cuando la autoridad de competencia prohíbe, sanciona o promueve alguna asignación de recursos distinta a la que los individuos han arribado espontáneamente, está *apostando* a favor de una estructura productiva distinta (incluidas las relaciones intersubjetivas en ella) bajo la *expectativa* de que ésta será más eficiente y productiva.

Algunos pensarían que el problema de la arbitrariedad o subjetividad de las decisiones de la agencia de competencia se resuelve con un sesudo *análisis costo beneficio* (“ACB”) de la conducta anticompetitiva denunciada. Sin embargo, el análisis costo-beneficio llevado a cabo por el empresario privado es siempre una ponderación subjetiva de efectos que realiza en función de fines concretos arbitrariamente elegidos por él. El problema de aplicar este método a nivel social –i.e. al mercado, como entidad- es que aquí no hay fines concretos “técnicos”, ni hay costos y beneficios “objetivos”³³⁷. Los fines, los costos y los beneficios son todos elementos arbitrarios, ya sea si la evaluación es realizada por el empresario privado o la agencia de competencia, pues provienen en última instancia de una preferencia, es decir, de consideraciones inarticulables y arbitrarias. A nivel social, es sumamente *difícil* definir *cuántos* individuos se benefician y/o se perjudican como consecuencia de la práctica anticompetitiva bajo análisis, y aún más *difícil* es conocer la *magnitud* del beneficio o del perjuicio individual de cada uno de ellos. Por ejemplo, ante una integración vertical celebrada entre el productor de un bien determinado y un distribuidor exclusivo con el fin de alinear sus políticas comerciales y explotar

³³⁷ Sobre el particular, puede consultarse la crítica de RIZZO al concepto de eficiencia, en cuya conclusión indica: “*The idea of efficiency is hopelessly clouded in ambiguity, and clear thinking might better be served by complete elimination of the notion*” (Pág. 86). Inmediatamente después, ROTHBARD continua la crítica del uso del criterio de eficiencia incluso a nivel individual, y con mayor razón a nivel social: “[There] *are several layers of grave fallacy involved in the very concept of efficiency as applied to social institutions or policies: (1) the problem is not only in specifying ends but also in deciding whose ends are to be pursued; (2) individual ends are bound to conflict, and therefore any additive concept of social efficiency is meaningless; and (3) even each individual’s actions cannot be assumed to be “efficient”; indeed, they undoubtedly will not be. Hence, efficiency is an erroneous concept even when applied to each individual’s actions directed toward his ends; it is a fortiori a meaningless concept when it includes more than one individual, let alone an entire society*” (Pág. 90). En: RIZZO, Mario (Editor). *Time, Uncertainty and Disequilibrium. Exploration of Austrian Themes*. Lexington Books. Lexington y Toronto, 1979.

una marca conjunta, pero excluyendo a la vez a otros distribuidores e incrementando precios, algunos consumidores creerán que la confianza en una marca operada por las empresas verticalmente integradas justifica pagar mayores precios, mientras que otros creerán que el precio es el factor más importante y, por ende, se sentirán perjudicados con dicha disposición en la distribución. Incluso teniendo datos precisos sobre los efectos positivos y los efectos negativos de la conducta denunciada, aún queda la tarea de discriminar entre consumidores netamente beneficiados y netamente perjudicados. A todo ello se le suma la *imposibilidad* de sumar, restar y compensar todos estos efectos individuales a nivel social. Ergo, extrapolar el método del ACB privado a las decisiones agregadas como criterio de científicidad o tecnicismo de las decisiones de la agencia de competencia sólo es una manera de darle una *formalidad articulada* a lo que en el fondo son decisiones empresariales discrecionales. *A fin de cuentas, inevitablemente estos análisis terminan por darle preponderancia a ciertos efectos -positivos o negativos- sobre algunos individuos por encima de los intereses de otros individuos, resolviendo a favor de los primeros*, revelando de este modo que la persecución técnica de la eficiencia *no difiere* de aquéllos otros fines tan ferozmente repudiados en el Derecho de la Libre Competencia.

Algunos podrían intentar refutar lo dicho indicando que las agencias de competencia no buscan imponer los intereses de algunos por encima de los de otros, sino básicamente intentan *replicar mediante mecanismos diferentes a los de mercado* [entiéndase, mediante la intervención estatal en la estructura productiva], *un resultado cercano a las eficiencias que éste proveería en ausencia de [las] distorsiones*. En ese caso –se dice-, las decisiones de la agencia sólo estarían imitando los resultados que el mercado mismo habría arrojado. Pero, ¿cuáles son aquéllas eficiencias a las que el mercado habría arribado? Hemos sostenido que en un escenario competitivo, las combinaciones de factores de producción, el nivel de inversión, el tamaño de las empresas o la extensión de las relaciones comerciales entre ellas responden a decisiones tomadas sobre la base de conocimientos subjetivos y contextualizados dentro de una coyuntura específica, del tipo *know how* o inarticulables, que se van mejorando en un constante proceso de aprendizaje

impulsado siempre por el descubrimiento competitivo de nuevas reasignaciones de recursos. En ese contexto, *imitar* o *replicar* las eficiencias del mercado carece de sentido, en tanto requeriría conocer *sin el proceso de mercado* las eficiencias económicamente posibles y sostenibles de un mercado “*sin distorsiones*”. El problema, por tanto, no es qué hacen las agencias de competencia, sino el objetivo trazado para ellas por parte de la doctrina y la ley.

Usualmente se acepta que, en el contexto de una economía de mercado, los empresarios pueden experimentar con diferentes tipos de estrategias para crear beneficios empresariales. SULLIVAN y GRIMES reconocen las ventajas de esta “pluralidad de estrategias empresariales” en el mercado indicando: *“Usar el mercado para disciplinar las conductas empresariales tiene ventajas innegables por encima de la planificación centralizada. Una de estas ventajas es que la toma de decisiones descentralizada permite que los diferentes jugadores experimenten con diferentes estrategias. Muchas empresas tomarán decisiones equivocadas y fracasarán terriblemente. Existe un costo social importante en estos fracasos. Pero el lado positivo es que cada empresario debe ajustarse permanentemente a las cambiantes condiciones del mercado para mantenerse competitivo, lo que refuerza la confianza en el mercado, donde la competencia asegura que las condiciones se fijen por empresas progresivas y enfocadas en el futuro. En dicho contexto, el empresario que no se ajusta, se arriesga a fracasar. Es más, debido a que las decisiones son descentralizadas, el mercado reduce el riesgo de un error muy costoso, el cual sería mayor en la planificación centralizada”*³³⁸. Según hemos visto, todas estas disímiles estrategias creadas descentralizadamente son apuestas sometidas al mercado basadas en interpretaciones y lecturas de la realidad mercantil, así como de expectativas subjetivas que no necesariamente son compartidas por todos los agentes del mercado. *Pues bien, uno de los riesgos más importantes generados por la pretensión de tecnicismo, objetividad e imparcialidad de la agencia de competencia consiste en que ésta sancione estrategias empresariales únicamente porque no comprenda enteramente la racionalidad económica de éstas, posea lecturas distintas de los signos del mercado, valore*

³³⁸ SULLIVAN, Lawrence y GRIMES, Warren. *The Law of Antitrust. An integrated handbook*. 2da. Edición. West Publishing Company, 2006. Pág. 11.

desigualmente estos signos, o tenga expectativas diferentes a aquéllas lecturas, valoraciones y expectativas de las empresas denunciadas. Dicho de otro modo, que, teniendo el monopolio de definir qué estrategias son objetivamente eficientes o no, las sanciones de la agencia se justifiquen porque las empresas denunciadas no pudieron *convencerla* –con argumentos articulados y formalizados- de la eficiencia de sus decisiones y estrategias. En peor situación estarían aquéllas empresas que, habiendo incurrido en errores empresariales (estrategias fallidas), además sean sancionadas.

Veamos un par de casos para ilustrar estos puntos. En el caso del Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera del Sur (FONGALSUR) contra GLORIA S.A., FONGALSUR denunció supuestas prácticas discriminatorias de GLORIA S.A. en la compra de leche, a través del otorgamiento de mejores ventajas a los ganaderos pertenecientes a FONGAL-AREQUIPA. Si bien la denuncia fue declarada INFUNDADA por la Comisión de Libre Competencia mediante Resolución N° 003-93-INDECOPI/CLC del 03 de diciembre de 1993³³⁹, en la misma se indicó lo siguiente: *“Que, con respecto a la concesión de precios distintos para los proveedores de uno y otro fondo ganadero, se ha demostrado que GLORIA S.A. con el fin de propiciar la creación y consolidación de FONGAL AREQUIPA, efectuó dicha práctica hasta el mes de febrero de 1992. No obstante al no haberse probado la persistencia de esta conducta, la Comisión no puede concederle un valor distinto al de simple antecedente...”*.

Bajo el mismo razonamiento, ¿Qué hubiera sucedido si GLORIA sí hubiera persistido en esa conducta discriminatoria? En el decurso del procedimiento, se dijo que GLORIA habría “roto la unidad gremial” de FONGALSUR al promover la constitución del gremio rival FONGAL-AREQUIPA y ofrecer ciertos beneficios sólo a los ganaderos afiliados a éste último gremio. ¿Cómo iba a determinar el INDECOPI, de manera técnica, si dicha promoción era una eficiencia de un mercado sin distorsiones o si, por el contrario, era una conducta ineficiente que había que corregir? Era perfectamente concebible que

³³⁹ Entre otras consideraciones, la denuncia fue infundada debido a que se acreditaron justificaciones objetivas para los distintos precios pagados por GLORIA (contenido graso de la leche), así como que algunos descuentos eran concedidos de forma indistinta a ganaderos de FONGALSUR y de FONGAL-AREQUIPA.

GLORIA quisiese afianzar sus relaciones comerciales solamente con un determinado sector de ganaderos con miras a evaluar una eventual integración; así como era concebible que, en efecto, GLORIA quisiese “romper la unidad gremial” de FONGALSUR para limitar su poder de negociación. ¿Estamos ante estrategias objetivamente ineficientes, o al contrario, ante estrategias competitivas? Sin el proceso de ensayo y error, es puramente arbitrario declarar “oficialmente” que una estrategia destinada a limitar el poder de negociación de la contraparte, u otra destinada a otorgar ciertas condiciones ventajosas a un sector de ganaderos determinado, son anticompetitivas. En general, es propiamente especulativo declarar que tal o cual estrategia *no corresponde a una eficiencia que hubiera arrojado un mercado sin distorsiones*, y que por ende, debe ser corregida. Si INDECOPI hubiese declarado FUNDADA la denuncia, habría tenido que evaluar negativamente la pretensión de GLORIA de limitar el poder de negociación de FONGALSUR, y con ello, habría apoyado deliberadamente el mantenimiento de cierto nivel de poder de negociación a favor de los ganaderos de FONGALSUR, *por encima* de los beneficios de ciertos ganaderos afiliados al nuevo gremio más cercano a GLORIA (FONGAL-AREQUIPA). De igual modo, al ordenar que cesen las condiciones beneficiosas a favor de ciertos ganaderos, estaría modificado la estructura de relaciones económicas vigente en el mercado por otra considerada *más eficiente*; decisión que sería una verdadera *acción empresarial*: especulativa y sometida al mecanismo de ganancias y pérdidas.

En el caso de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. (PILOT) y otros³⁴⁰, mediante Resolución N° 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005, la Comisión de Libre Competencia declaró FUNDADA la denuncia contra PILOT, indicando que “*a través de la celebración de “contratos de exclusividad”, Pilot habría concentrado la totalidad de los prácticos que se encontraban disponibles en el TPC en diciembre de 2000 - 36 prácticos. Ello, aunado al hecho que en las adendas a los referidos contratos se establecía una penalidad por la renuncia que, en la práctica, constituía una barrera de salida. Ello motivó a que las demás empresas*

³⁴⁰ Expediente 005-2002/CLC-INDECOPI.

*administradoras de prácticos no pudiesen contar con personal para ejercer sus actividades. Dicha situación, permitió a Pilot mantener precios elevados durante el período investigado, que representaron un incremento respecto de los precios vigentes en el año 2000 y que no respondieron a eficiencias económicas productivas o innovativas de la empresa denunciada, sino a la conducta indebida desplegada por Pilot". Esta resolución fue confirmada por el Tribunal del INDECOPI, el cual ordenó que los denunciados "se abstengan de implementar tales conductas en tanto resulten contrarias a la libre competencia; y, les impuso una multa ascendente en conjunto a 81,2 UITs."*³⁴¹

En esta decisión, tal como veremos a continuación, el INDECOPI dejó entrever algunos matices políticos y prejuicios contra la empresarialidad. Como es bien sabido, los sindicatos de trabajadores son organizaciones destinadas a la defensa de los intereses de sus miembros que pueden negociar colectiva y lícitamente frente a sus empleadores, sin quebrar ninguna ley de libre competencia. Son, en buena cuenta, "cárteles legales". Se entiende que este tipo de agremiación es beneficiosa en cuanto de alguna manera mitiga el poder de negociación que usualmente se atribuye a los empleadores, por lo que esa sola función económica de la agremiación debería ser suficiente para permitir la cartelización competitiva -rectamente entendida- en cualquier nivel o rubro. Sin embargo, ¿qué pasa cuando los trabajadores deciden agremiarse y, además, constituir una empresa de servicios?

Antes de la creación de la denunciada PILOT, existían varias empresas administradoras de prácticos en el Terminal Portuario del Callao (TPC) que aparentemente mostraban márgenes de ganancia muy altos (Vg. cobraban por un servicio de practicaje US\$ 1000 y le pagaban al práctico tan sólo US\$ 35), motivo por el cual los prácticos decidieron formar su propia empresa de practicaje –PILOT- con el fin no sólo de aprovechar estas ganancias, sino también garantizarse a sí mismos cierta estabilidad laboral, ingresar a la formalidad laboral y mejorar sus condiciones de trabajo. Se convirtieron así en dueños de la empresa y a la vez, en los trabajadores de ésta.

³⁴¹ Resolución N° 0407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007.

Con estos antecedentes, volvamos a la decisión del INDECOPI. Una primera interrogante al respecto sería por qué INDECOPI no consideró el mejoramiento de las condiciones de trabajo de los prácticos como un beneficio del nuevo sistema de agremiación exclusiva y rígida de PILOT. ¿Acaso los sindicatos, cuando actúan competitivamente –es decir, utilizando su poder de negociación– no persiguen lo mismo? Estos beneficios percibidos por los miembros de PILOT, que en buena cuenta constituyen eficiencias creadas por ellos, fueron simplemente dejados de lado frente a los perjuicios de los clientes de PILOT, sin una sola palabra que justifique explícitamente el resultado negativo del balance. Un segundo cuestionamiento sería: ¿Por qué –a criterio del INDECOPI– el incremento de precios detectado necesariamente debía provenir de nuevas *eficiencias económicas materiales* para reputarse competitivos? Es posible interpretar que los precios previos a la constitución de PILOT eran “sub-competitivos”, es decir, estaban “errados” porque imponían algunos perjuicios sobre los trabajadores, y que los nuevos precios reflejan mejor las valoraciones de éstos. En ese caso, los nuevos y mayores precios siguen siendo beneficiosos para ambas partes contratantes, y más bien *responden a la escasez de los prácticos*. Nuestro punto es que tomar posición sobre estas cuestiones y pretender modificarlas no es simplemente *restablecer* la eficiencia del mercado, sino apostar empresarialmente por una estructura de mercado distinta.

Ahora bien, vale agregar que en el presente caso, esta *escasez era provocada por la propia regulación del sector*. Así pues, luego de un análisis de la normatividad aplicable, el Tribunal del INDECOPI concluyó lo siguiente: “*En resumen, los servicios prestados por los prácticos marítimos en el TPC se encuentran regulados por motivos de seguridad, constituyendo dicha regulación y su implementación una restricción al acceso para la prestación del servicio por parte de nuevos competidores, debido a: i) la obligatoriedad de requerir los servicios de maniobra en puerto de los prácticos marítimos, por lo que esta actividad no cuenta con servicios sustitutos; ii) la limitación establecida en la cuantía de maniobras diarias por práctico marítimo; iii) que la obtención de la licencia conlleva a restringir el acceso al mercado de los*

*competidores (adicionalmente del período de formación y práctica requerida) al quedar restringida a la voluntad de los prácticos licenciado de entrenar a sus futuros competidores; y, iii) las regulaciones para que los prácticas marítimos se re-evalúen para operar en otros puertos restringe la migración de prácticos de una jurisdicción a otra*³⁴². En otras palabras, el Tribunal aceptó que las regulaciones del sector habían creado ciertas ventajas y privilegios a favor de los prácticos en ejercicio, pues en buena cuenta les otorgaban la posibilidad de permitir o restringir la entrada de nuevos prácticos al mercado.

Retomando la cuestión que nos interesa en esta parte, si la agencia de competencia quiso *restaurar* la eficiencia del mercado declarando FUNDADA la denuncia y ordenando el cese de las conductas anticompetitivas, entonces debió presumir que los precios cobrados por PILOT eran precios “*errados*” o “*descoordinados*”, que las normas internas de PILOT y la conducta desplegada por sus miembros eran *ineficientes*, y que con certeza *serían distintas en un escenario de mercado sin las distorsiones anticompetitivas de origen legal*. Pero, ¿Cómo saberlo sin emitir juicios de valor o sin especular? Es posible que en un mercado *sin* las distorsiones legales antes aludidas -i.e. la regulación y privilegios- los prácticos en ejercicio no quieran entrenar a nuevos prácticos, prefieran descansar o hacer labores de practica en vez de entrenar a sus futuros competidores. De hecho, parece una conducta razonable. Si ello es así, no hay razón para que las conductas desplegadas por los prácticos en un mercado fuertemente distorsionado por la regulación del sector, que les favorece, deban ser diferentes. La decisión del INDECOPI, una vez más, fue propiamente una *apuesta empresarial* a favor de un conjunto de relaciones contractuales que reputaba socialmente más eficiente -i.e. la fragmentación de los prácticos y la eliminación de las exclusividades. Pero además, fue una decisión parcializada en contra la empresarialidad, pues mientras a los sindicatos de trabajadores dependientes se les permite operar y negociar colectivamente, el tratamiento no fue igual con este grupo de ex-trabajadores que se unieron para mejorar sus condiciones laborales haciendo empresa³⁴³.

³⁴² Resolución N° 0407-2007/TDC-INDECOPI. Pág. 14.

³⁴³ Por otro lado, cabe la precisión de que no eran ellos los que restringían la competencia. La gama de posibilidades creativas de proceso competitivo se vio restringida por la regulación que

La búsqueda de la mera eficiencia como fin neutral o técnico es, pues, un objetivo incompatible con la naturaleza de cualquier decisión económica en el mercado, incluidas las decisiones de las agencias de competencia. Las creencias, las posiciones políticas, la emisión de juicios de relevancia y juicios de valor, las expectativas, y en general, un conjunto de conocimientos inarticulados se presumen tácitamente al momento de la decisión. Se trata, inexorablemente, de una decisión *empresarial*.

Existe, no obstante, una diferencia importante que demostraría la *ventaja cognoscitiva* de los privados frente a las decisiones empresariales de las agencias de competencia. En el caso de los agentes privados, ellos perciben oportunidades de ganancias y reasignan recursos valiéndose de arreglos contractuales voluntarios, donde –por definición- todas las partes involucradas mejoran sus respectivos estados de satisfacción. Si la reasignación de recursos es realmente coordinadora y efectivamente satisface a los consumidores, entonces estas empresas obtendrán las ganancias empresariales previstas. Caso contrario, habrán perdido parcial o totalmente aquéllos recursos reasignados (su capital). Por ejemplo, una empresa fabricante de autos invierte ingentes recursos en investigar, diferenciar, mejorar e implementar mejor los autos que produce, ofreciendo nuevas versiones de los mismos modelos cada cierto período de tiempo, digamos, cada año. Esta empresa no puede saber *a priori* cuánta innovación en diseño ni cuánta mejoría en el equipamiento sus clientes estarán dispuestos a pagar; así como tampoco sabe si vale la pena alterar periódicamente los diseños de los modelos de autos que ya se venden en el mercado. Primero, el empresario debe percibir la oportunidad de ganancia interpretando el mercado actual y especulando sobre la demanda futura, y luego dispondrá de los factores necesarios para innovar. Recién en la etapa final de venta pondrá a prueba si su percepción fue correcta o no, dependiendo si los clientes efectivamente *demuestran* sus preferencias adquiriendo los autos ya producidos. *En una frase, las ganancias y pérdidas son los reguladores naturales de las decisiones empresariales.*

sorprendentemente condicionaba la entrada al mercado a la decisión de los competidores establecidos (!!).

Sobre este aspecto, el caso de la agencia de competencia es bien distinto. Las agencias de competencia, investidas con el *ius imperium* del Estado, tienen la capacidad real de reasignar recursos no a través de contratos voluntarios sino mediante la utilización de la coacción institucional, bajo la expectativa de incrementar –o de restaurar- la eficiencia del mercado, distorsionada por la conducta anticompetitiva. Si bien estas decisiones son propiamente *empresariales*, en el sentido de que constituyen una apuesta relativa a una modificación de la estructura productiva sometida finalmente al escrutinio de los consumidores, la gran diferencia entre la actuación de la agencia de competencia y las empresas privadas consiste en que las primeras no soportan ni las ganancias ni las pérdidas económicas de sus decisiones; esto es, que no están directamente involucradas en el proceso social que valida o invalida la eficiencia de sus decisiones. Esto es así porque las agencias de competencia no tienen que invertir en recursos para reasignarlos hacia fines más valiosos; todo lo contrario, simplemente hacen uso de la coacción de tal manera que cualquier error empresarial recaerá en forma de costos de oportunidad y de manera asimétrica sobre todos aquéllos que participan del proceso productivo y en los consumidores, mas no en la propia agencia de competencia. Esto genera un problema pues en el caso de los agentes privados, las pérdidas y las ganancias constituyen un motor eficaz que les obliga a innovar permanentemente productos, métodos de producción, distribución, términos y condiciones de los contratos *upstream* o *downstream*, etc., direccionando y redireccionando sus esfuerzos de conformidad con los resultados –buenos o malos- periódicos que van observando. Opera en ellos un *proceso de aprendizaje* por el cual tienden a *mejorar sus conocimientos prácticos e inarticulados* -i.e. sus habilidades y su perspicacia- para que sus acciones sean efectivamente más coordinadoras y eficientes. Por el contrario, si nos remitimos a la actuación empresarial de la agencia de competencia, considerando que ésta no está sometida a ningún mecanismo económico de pérdidas y ganancias, podemos concluir que dicho proceso de aprendizaje no puede desenvolverse, ni tampoco existe tendencia alguna hacia el afinamiento empresarial. *Todo lo contrario, en ausencia de un norte, la tendencia es hacia una cada vez mayor discrecionalidad y arbitrariedad.* Es más, tomando en

cuenta los incentivos que enfrentan los funcionarios públicos de las agencias de competencia, las únicas pérdidas y ganancias que realmente enfrentan son los réditos políticos provenientes de sancionar ciertas conductas reprobadas por el público, con lo cual, la tendencia no es hacia la coordinación sino hacia la consecución de ciertos resultados populares de corto plazo, tal y como hemos podido apreciar de la breve revisión de casos en este mismo trabajo.

4.5. Corolario. De la definición de mercados relevantes.

4.5.1. Introducción.

Otro corolario del carácter inherentemente empresarial de la actuación de la agencia de competencia consiste en la inevitable arbitrariedad en la definición de los *mercados relevantes*.

Se sabe que el llamado “poder de mercado” -poder sobre el precio y/o condiciones de los intercambios- no puede ejercerse sobre toda la estructura productiva de una sociedad, sino solamente sobre una porción de la misma, correspondiente a las transacciones realizadas con un conjunto de consumidores de bienes determinados, más o menos homogéneos. La noción de *mercado relevante* se construye a raíz de la necesidad de delimitar sobre qué porción de la estructura productiva *se puede* ejercer poder de mercado.

Se dice que cuando la estimación del poder de mercado se efectúa de manera *directa* -utilizándose para ello el Índice de Lerner³⁴⁴ o las elasticidades de demanda- no es necesario definir ningún mercado relevante. Asimismo, que, debido a la gran cantidad de datos necesarios para la estimación directa, es factible recurrir a una medición *indirecta* del poder de mercado mediante el *análisis estructural de las condiciones de competencia* -es decir, examinando el número y las participaciones de las empresas competidoras, las condiciones de

³⁴⁴ El Índice de Lerner mide la diferencia relativa entre el precio y el costo marginal en el largo plazo: $Lerner = (\text{Precio} - \text{Costo marginal}) / \text{Precio}$. En competencia perfecta, donde el precio iguala al costo marginal, el valor de Lerner es 0, lo cual indica inexistencia de poder de mercado.

entrada y salida, el acceso a financiamiento y redes de distribución, etc.-, y que sólo en estos casos de estimación *indirecta* sería necesario definir un mercado relevante. Así por ejemplo, RUIZ sostiene que “*la definición del mercado relevante constituye el punto de partida de cualquier investigación que busca evaluar las condiciones de competencia en un mercado*”, y que “*una definición de mercado errónea o ambigua de este conjunto de productos puede conducir a conclusiones equivocadas acerca de la estructura de mercado*”³⁴⁵. Lo cierto es, sin embargo, que en ambos casos –estimación *directa* e *indirecta* del poder de mercado- se asume la existencia de un mercado separable o aislable en el cual la empresa denunciada tendría cierto poder para fijar precios y condiciones: en el primer caso (estimación *directa*), la definición de mercado es tácita o implícita, mientras que en el segundo (estimación *indirecta*), de manera explícita.

Del mismo modo, incluso en aquéllos casos de conductas restrictivas (cartelización) en los cuales ordinariamente *no se requiere* de una definición formal del mercado relevante, las agencias de competencia asumen tácitamente la existencia de uno. Justamente, en estos últimos casos, el temor radica en las consecuencias económicas negativas del poder de mercado ganado por las denunciadas *en un mercado determinado* (aunque no se determine explícitamente), al coludirse.

Reconocer que la evaluación del poder de mercado *depende analíticamente* de una delimitación previa de una porción de la estructura productiva sobre la cual se ejercería dicho poder es importante porque si estos mercados relevantes son definidos “estrechamente” por la autoridad, entonces casi cualquier acuerdo horizontal o vertical incrementará la concentración del mercado y amenazaré con crear poder de mercado, así como cualquier conducta denunciada por abuso de posición de dominio tenderá a ser sancionada; mientras que si los mercados relevantes son definidos de manera “amplia”, entonces el riesgo de una afectación a la libre competencia se diluiría, y con ello, la posibilidad de sanción.

³⁴⁵ RUIZ, Gonzalo. *Definición de Mercado relevante y políticas de competencia*. En: Revista THEMIS 47. Pág. 298.

Dadas las consecuencias de una eventual “errada” determinación del mercado relevante, uno esperaría que su definición fuese técnica e imparcial, en el sentido de que el mercado a analizar tenga una existencia medible y delimitable al margen de los juicios de valor o de los objetivos de corto plazo del analista, a fin que posteriormente se pueda verificar, al interior del mercado ya delimitado, los efectos anticompetitivos de las conductas denunciadas. Desafortunadamente, esta pretensión es imposible, pues *la delimitación de estrechez o amplitud del mercado relevante es en sí misma una labor “inherentemente empresarial” en el sentido desarrollado anteriormente; esto es, requiere de una labor interpretativa y especulativa sobre hechos pasados y futuros, así como de un conjunto de conocimientos no articulados y de criterios arbitrarios que incorporan los juicios de valor y las preferencias del analista.*

Veamos esto con un ejemplo propuesto por GOLDBERG: *“Imagine esto. Luciano Pavarotti, Plácido Domingo y José Carreras se encuentran en un estudio de grabación preparando la grabación de su nuevo álbum “Los Tres Tenores”. La orquesta empieza a sonar, los cantantes están a punto de cantar, cuando en eso llega la Policía Antitrust. Los tres son esposados y detenidos bajo el cargo de conspirar para combinar sus únicos talentos restringiendo así el comercio. “Si no se hubieran combinado de esta manera -dice el comisionado- podrían haber habido tres grabaciones y no una. El propósito de las normas de competencia es incrementar la producción y en efecto servir mejor a los consumidores. Evidentemente, el interés público se beneficia con lo que hacemos hoy”³⁴⁶.*

GOLDBERG no sólo se estaba mofando del sistema Antitrust, sino que, desafortunadamente, estaba caracterizando un caso real: *PolyGram* tenía derechos exclusivos para distribuir el famoso concierto “The Three Tenors 1” (3T1, 1990) en el cual participaron los tres tenores mencionados. *Warner* tenía derechos exclusivos para distribuir el concierto de “Three Tenors 2” (3T2, 1994). En 1996 ambas compañías suscribieron un contrato de Joint Venture

³⁴⁶ GOLDBERG, Victor P. *Featuring Three Tenors in La Traviata*. En: *Review of Law & Economics*: Vol. 01 Número 01, 2005. Págs. 55 y ss.

(JV) para producir el concierto “Three Tenors 3” (3T3, 1998). Debido a muchas razones, las compañías dudaban del éxito comercial potencial de 3T3, por lo que con posterioridad al JV firmaron un acuerdo moratorio (*moratorium agreement*) mediante el cual se obligaron a no hacer descuentos, promociones o publicidad de 3T1 ni de 3T2 por un lapso de diez semanas, a efectos de enfocarse en la venta de 3T3. La Federal Trade Commission (FTC) norteamericana sancionó este último acuerdo bajo la regla *per se* por considerarlo un “acuerdo desnudo”, desvinculado del JV; vale decir, uno en el que simplemente las disqueras se coludieron para dejar de competir.

En el caso bajo comentario, la FTC asumió *implícitamente* que los conciertos “The Three Tenors” pertenecían a un mismo mercado y, por ende, que constituían bienes *insustituibles* con grabaciones y conciertos de otros cantantes, *insustituibles* con otros tipos de música o con otras formas de entretenimiento cultural, de tal modo que cualquier coordinación interempresarial relativa a su producción, distribución o condiciones de comercialización lesionaría seriamente la competencia. Sin esta asunción implícita, la supuesta colusión de PolyGram y Warner hubiera resultado absolutamente irrelevante para quien pretende preservar el proceso competitivo (la FTC), no nos diría nada acerca de ningún poder de mercado y ni siquiera habría valido la pena iniciar procedimiento alguno.

Lo cierto es que Polygram y Warner tenían buenas razones para coludirse – hacer una fuerte promoción del concierto 3T3-, sin que esta colusión tuviera algo que ver con un desmedro o lesión en el proceso competitivo. Indudablemente, tener buenas razones para hacer “algo” no significa necesariamente que ese “algo” sea eficiente; sin embargo, el proceso de competencia deja que la eficiencia o ineficiencia de la asignación de recursos y de las relaciones contractuales sea revelada finalmente mediante las decisiones discrecionales de los consumidores y de los competidores potenciales. Nuestro punto aquí es que sin perjuicio de que la decisión de sancionar el acuerdo moratorio entre Polygram y Warner haya partido de una errada apreciación del “acuerdo moratorio” como un mero “acuerdo desnudo”,

en vez de considerarlo como un “acuerdo complementario” al JV³⁴⁷, *toda la preocupación sobre el potencial perjuicio a la competencia de dicho acuerdo se sustenta de la asunción de que el mercado relevante bajo protección sería “el mercado de los conciertos The Three Tenors”, compuesto por 3T1, 3T2 y 3T3.* Pero, ¿por qué restringir el mercado de esa manera? ¿Qué hay de otros tenores, de otros cantantes, de otras formas de entretenimiento musical? ¿Qué limitaría a la agencia de competencia para dar un paso más allá y detener toda producción de *The Three Tenors*, bajo el argumento de que se trata de una colusión entre tenores que restringe la producción, tal como GOLDBERG proponía en su ejemplo? Si la definición de mercados relevantes es producto de una decisión discrecional de tipo empresarial, y sobre esta delimitación se analiza la eficiencia o ineficiencia de las condiciones de competencia, entonces no cabe duda que la actividad antimonopólica no puede ser neutral al desarrollo del proceso competitivo; sino que interviene como un empresario más para *apostar* por una estructura de mercado diferente, en función a sus lecturas y expectativas.

De hecho, en relación al caso bajo comentario, GOLDBERG plantea que una empresa puede iniciar varias estrategias para lograr mejores ventas cuando lanza un nuevo álbum. Por ejemplo, puede: (i) promocionar activamente el nuevo álbum, (ii) dejar de promocionar temporalmente otros álbumes para que el público objetivo se enfoque en las virtudes del nuevo álbum, (iii) podría, al contrario, promocionar los antiguos álbumes para elevar la expectativa del público por el nuevo álbum, etc. Como ya hemos señalado en varias oportunidades, no hay forma de saber *a priori* cuál de estas estrategias es más efectiva o eficiente. Ahora bien, *esto último también puede afirmarse cuando los álbumes en cuestión son propiedad de varias empresas; esto es, que no puede señalarse que las estrategias antes descritas sean anticompetitivas sólo porque involucraron coordinación fuera de los límites organizacionales.* En este

³⁴⁷ Al respecto, ver: WRIGHT, Joshua. *Singing alone: A comment on Goldberg and Muris on The Three Tenors*. En: *Review of Law & Economics*: Vol. 01 Número 03, 2006. WRIGHT sostiene que la FTC pensó que la oportunidad del acuerdo moratorio (“después” del JV) determina su calidad de acuerdo desnudo; esto es, desligado del JV. Sin embargo -dice- la oportunidad del acuerdo moratorio jugó un papel importante: “[Las partes] estaban comprometidas a la formación del JV y de la creación de 3T3 meses antes de que las discusiones sobre el acuerdo moratorio inicien”. Es perfectamente posible tener acuerdos auxiliares con posterioridad al contrato principal, y ello no implica que aquéllos sean ilegales.

caso, la agencia de competencia *prefirió empresarialmente* un tipo de institución sobre otra: la propiedad sobre el contrato³⁴⁸.

4.5.2. Elementos discrecionales en las estrategias para definir mercados relevantes.

Retomando la cuestión de la definición de mercados relevantes, la pregunta fundamental de dicho análisis consiste en definir qué bienes son sustitutos económicamente razonables a los que el presunto infractor ofrece³⁴⁹. Para ello, las agencias de competencia suelen usar el test denominado SSNIP (por sus siglas en inglés: *Small but Significant and Non transitory Increase in Price*), llamado también “criterio del monopolista hipotético”³⁵⁰, el cual implica *formarse*

³⁴⁸ Sobre el particular, la agencia *no* aplicó las lecciones de R.H. Coase, pues hace una distinción tajante entre las actividades dentro de una empresa (legales) y actividades de coordinación fuera de los límites de la empresa (ilegales). Desde el punto de vista económico, no existe ninguna justificación para esta distinción. Analíticamente, no debería haber distinción. La decisión de integrar actividades por contrato en vez de propiedad es un problema de *costos de transacción* relativos, valorados por los involucrados.

Comentando el mismo caso, y contrariamente a la opinión de GOLDBERG, MURIS indica que “*la decisión de la FTC no favorece la propiedad por sobre el contrato. Ambas pueden ser igualmente eficientes. Pero el hecho de que el contrato pueda ser eficiente no significa que de hecho lo sea*”. Las partes -sostiene- pudieron coordinar los productos 3T y promover una marca pero no lo hicieron. (MURIS, Timothy. *A response to Professor Goldberg: An anticompetitive restraint by any other name*. George Mason University School of Law Working Papers Series. Working Paper N° 20. Disponible en: <http://law.bepress.com/gmulwps/gmule/art20>; Pág. 66). Con estas afirmaciones, MURIS demuestra: (i) que, al manifestar que la constitución de una “marca” *hubiera sido* más eficiente que los arreglos contractuales celebrados por las denunciadas, revela únicamente su *opinión en su calidad de empresario* sobre qué tipo de acciones resultan especulativamente más eficientes que otras para el caso concreto; (ii) que, la agencia de competencia tiene alguna *ventaja cognoscitiva* para reconocer objetivamente estas estrategias y acciones eficientes, y que por ende, puede reconocer aquéllas otras que provocan ineficiencias. Por supuesto, esta última asunción es incorrecta, y la realidad es justo lo contrario.

³⁴⁹ En palabras de GOMEZ, FIGARI y ZÚÑIGA, el mercado relevante se analiza a partir del producto ofrecido por la empresa denunciada incluyendo todos los posibles “buenos” sustitutos, o productos “sustituibles razonablemente”. *Op. Cit.* Pág. 160. Por su parte, FLINT: “*El mercado relevante es un concepto fundamental en la legislación reguladora de la libre competencia pues es a partir de este concepto que se analiza la estructura de los mercados y se determina cuántas empresas tienen poder sustancial dentro de un mercado específico o mantienen una posición dominante del mismo. El mercado relevante constituye el punto de partida de cualquier investigación que busca evaluar las condiciones de la competencia*” *Op. Cit.* Pág. 211.

³⁵⁰ Este criterio fue adoptado en los *Horizontal Merger Guidelines* (1992) norteamericanos, así como en la “*Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*” (1997). En el primer documento, se describe el mercado relevante de la siguiente manera: “*un producto o conjunto de productos producidos o vendidos, tal que una empresa hipotética, que es la única establecida en dicha área, que produce o vende dichos productos está en capacidad de imponer un incremento pequeño pero significativo y no transitorio de sus precios*”. En el segundo, relativo a la Comunidad Europea, se dice que el mercado relevante “*comprende la*

expectativas sobre qué pasaría si el monopolista de un bien realizara un incremento pequeño pero significativo (usualmente, del 5% al 10%) y no transitorio (al menos, un año) en el precio de su producto: ¿ganaría igual, más, o ganaría menos? Si ganara más, entonces se asume que los consumidores pagarían dichos precios incrementados debido a que consideran “insustituible” al bien monopolizado, y entonces el mercado relevante estaría limitado a dicho bien. Si, por otro lado, el monopolista ganara menos como efecto del incremento sostenido del precio, entonces se asume que los consumidores han podido sustituir fácilmente el consumo del bien monopolizado hacia otros bienes X, Y y Z, los mismos que serían considerados como parte del mercado relevante. Se aplica entonces un nuevo test, *conjeturando* qué pasaría si mismo monopolista tuviera un monopolio, además, sobre la producción de X, Y y Z, y procediera a realizar un incremento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio de todos esos productos. La finalidad de esta pesquisa iterativa consiste en determinar fehacientemente qué bienes resultan sustituibles y por ende, pertenecen a un mismo mercado. En general, el procedimiento trata de identificar: (i) los productos que rivalizan entre sí en la satisfacción de necesidades de los consumidores, (ii) el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo, y (iii) el área geográfica en la que las condiciones de competencia para el suministro de dichos productos sean suficientemente homogéneas y diferentes a las de otras áreas geográficas próximas³⁵¹.

En el Perú, el Tribunal del INDECOPI reiteradamente se ha avocado a definir mercados relevantes considerando la información disponible sobre las fuentes de aprovisionamiento alternativas a las que el comprador puede acudir, a fin de evaluar las alternativas reales que éste enfrenta. El punto –ha dicho- consiste en establecer cuál es el nivel de competencia efectiva al que está sujeto un proveedor para así determinar si es posible que dicho proveedor cuente o no

totalidad de productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”.

³⁵¹ El test SSNIP no sólo se aplica para definir el “mercado producto” sino también para definir el “mercado geográfico”. Sobre esto último, se trata de averiguar a qué otras fuentes de aprovisionamiento acudirían los consumidores ante un incremento pequeño pero significativo y no transitorio del producto relevante de la zona donde lo venían consumiendo. Ver: GOMEZ, FIGARI y ZUÑIGA. *Op. Cit.* Pág. 170.

con poder de mercado³⁵². Vale hacer notar aquí que el criterio de “*determinar las alternativas reales y razonables*” es mucho más amplio y aplicable a más situaciones que el test SSNIP, pues éste define el mercado sobre el comportamiento de los precios y la respuesta *de los compradores*, y por ende resulta inaplicable en casos de posibles *monopsonios*, donde lo que se trata de medir son las “*alternativas reales y razonables*” *de los vendedores*.

Sobre estas premisas, por ejemplo, en el caso del Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera del Sur (FONGALSUR) contra GLORIA S.A., se definió que el mercado relevante era aquél constituido por *las compras industriales de leche entera en la cuenca del sur del país*, debido a que “*la infraestructura y necesidades de acopio y producción de las industrias lácteas de la zona, así como los consolidados históricos de compra que muestran, genera que ninguna de estas industrias pueda absorber, actualmente, la cantidad de leche que compra GLORIA S.A., lo que ocasiona que esta última, en el mercado de compradores de leche entera cruda de la cuenca lechera del sur, esté en capacidad de poder actuar en forma independiente, tanto de aquéllas como de sus proveedores, los mismos que según se ha comprobado, no tienen alternativas razonables actuales de mercado en donde colocar sus productos*”³⁵³. Asimismo, en Metales Bera del Perú S.A. v. Minsur S.A. se determinó que, debido a los *bajos* costos de transporte, la denunciante sí tenía como *alternativa real y razonable* importar estaño de Bolivia y que por tanto, incluso si el estaño boliviano fuese de menor ley que el estaño producido por Minsur, constituía un sustituto adecuado de éste³⁵⁴.

Como ya se hizo alusión antes, la definición del mercado relevante es un paso analítico y necesario previo a cualquier discusión sobre la existencia de poder de mercado o posición de dominio, y por ende, también previo a la determinación de la ilicitud de las conductas anticompetitivas denunciadas. No obstante, tal como veresmo con más detalle a continuación, tal definición

³⁵² Criterio expuesto en diversas decisiones, entre ellas: Resolución N° 0117-1997/TDC-INDECOPI del 5 de mayo de 1997, en el caso de Metales Bera del Perú S.A. contra Minsur S.A. (Exp. 022-95-CLC).

³⁵³ Resolución N° 003-93-INDECOPI/CLC del 03 de diciembre de 1993.

³⁵⁴ Resolución N° 0117-1997/TDC-INDECOPI del 5 de mayo de 1997.

requiere de un conjunto de estimaciones empresariales, juicios valorativos y adopción de criterios arbitrarios que terminan por desfigurar cualquier intento de *tecnicismo* u *objetividad* en los análisis de anticompetitividad en los procedimientos de libre competencia, desvirtuando aquélla falaz pretensión de limitarse a *corregir* la falla del mercado, restaurando las eficiencias que éste habría alcanzado en ausencia de la conducta denunciada.

Veamos algunos de estos elementos arbitrarios en la utilización del mentado test SSNIP en casos de libre competencia, y en general, a la idea de que es posible medir mercados relevantes.

Primero, dada la lógica del test, resulta evidente que una aplicación rigurosa del mismo sería costosa y laboriosa, de modo que con frecuencia se trata de evitarla recurriendo a precedentes nacionales o extranjeros en búsqueda de definiciones de mercados relevantes ya adoptadas en el pasado. El problema con estos “atajos” es que los mercados son dinámicos y su configuración estructural, así como las complejas relaciones de competencia que se desarrollan en ellos, cambian con el tiempo, por lo que van quedando descontextualizados, volviéndose inválidos para nuevas circunstancias.

En segundo lugar, cuando se intenta llevar a cabo efectivamente un test SSNIP para el caso concreto, es vano intentar obtener respuestas certeras y objetivas sobre cómo *actuarían* los consumidores ante los hipotéticos incrementos de precio del test. *Si ello fuera posible, el problema económico de los empresarios estaría resuelto.* Lo único que cabe en esta área es *especular empresarialmente* acerca de las reacciones de los consumidores sobre la base de las experiencias pasadas y su particular *comprensión*. Así como el empresario privado interpreta los hechos de hoy, genera expectativas acerca de la demanda futura y produce los bienes que la satisfarán, introduciéndose en un proceso de ensayo y error que verificará y afinará sus habilidades comprensivas, así también los funcionarios de la agencia de competencia, cuando realizan el test SSNIP, inevitablemente emiten un juicio empresarial especulativo, contingente y falible. *Están sujetos a las limitaciones cognitivas propias de toda decisión empresarial en el proceso de mercado.* No se trata,

entonces, de una labor de *investigación y medición precisa del mercado* dentro del cual se analizarán las conductas anticompetitivas, sino que la definición de mercado relevante es propiamente la *construcción activa* de un contexto para el análisis posterior de la conducta denunciada. Esta misma labor deliberada de construir un “mercado” -que en estricto consiste en restringir la propia actuación a una porción arbitraria de la estructura productiva- es realizada por todos los empresarios privados, quienes se valen de esta herramienta práctica para definir sus competidores, potenciales competidores, consumidores, potenciales competidores, así como los bienes a producir en función a sus intereses y expectativas. En esta misma perspectiva, señala COLOMA que en contextos donde no hay conflictos jurídicos de por medio, al aplicar empíricamente sus modelos económicos, el analista (privado) resuelve el problema de la definición del mercado relevante “*de manera más o menos discrecional*”, según el tema en el cual quiera concentrarse. Dice: “*Vemos así que, si alguien está interesado en las decisiones de los consumidores respecto de cómo distribuye su ingreso entre grandes categorías de bienes, tomará como un solo mercado a todos los componentes del rubro “alimentos y bebidas”, en tanto que si lo que le interesa es la posible sustitución entre dos tipos de bebidas específicas (digamos, vino y cerveza), probablemente considerará a cada una de ellas como formando parte de un mercado distinto, que estará integrado a su vez por todas aquellas variedades que respondan a la definición del tipo de bebida que se trate*”³⁵⁵. Definir mercados es pues, claramente, una *herramienta práctica* para las actuaciones del empresario privado y sus analistas, en la cual impregnan sus propios objetivos, lecturas del mercado y expectativas.

“*Sin embargo –prosigue el mismo autor- cuando la aplicación empírica de la que se trata tiene lugar dentro de algún tipo de litigio en el cual una de las partes está interesada en mostrar que su producto tiene una participación de mercado muy baja y la otra tiene la intención de argumentar que dicha participación no es baja sino alta, entonces la discrecionalidad del analista debe forzosamente quedar limitada por algún tipo de metodología más o*

³⁵⁵ COLOMA, Germán. *Una metodología unificada para el cálculo de elasticidades críticas, la definición de mercados y la simulación de fusiones horizontales*. Documento de Trabajo No. 394. Universidad del CEMA. Buenos Aires, 2009. Pág. 02.
Disponible en: <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/394.pdf>

menos objetiva y basada en cierta teoría”³⁵⁶. El problema con este planteamiento es que la naturaleza del proceso de mercado *no cambia* dependiendo de si existe o no existe un conflicto jurídico de por medio; es decir, que el mercado no se vuelve *objetivamente medible* ante la existencia de un litigio; su definición siempre se mantendrá discrecional y teleológica. Las agencias de competencia han convertido aquella herramienta empresarial práctica (definición de mercados) en una técnica que mediría mercados distintos y aislados sobre los cuales las empresas podrían eximirse de los rigores del proceso competitivo; i.e. ejercer poder de mercado. En otras palabras, han convertido el concepto de mercado como un *dato* que puede y debe ser descubierto objetivamente a fin de tomar decisiones imparciales.

Cuando tratan de elaborar una definición de mercado relevante para el caso concreto denunciado, las agencias de competencia cuentan con algunos instrumentos cuantitativos y cualitativos desarrollados por la teoría económica. Así pues, entre las técnicas cuantitativas, se tiene: (i) el *análisis de precios* de bienes presumiblemente sustitutos (Vg. Si X e Y son sustitutos, entonces sus precios están fuertemente interrelacionados, y entonces resultaría posible verificar cierta correspondencia entre ellos a lo largo del tiempo)³⁵⁷, (ii) *análisis de eventos*, mediante el cual se evalúan los cambios en las condiciones de mercado a fin de inferir si un determinado producto supone una restricción competitiva para otro³⁵⁸; así como (iii) *la estimación y análisis de*

³⁵⁶ *Ídem*.

³⁵⁷ El estudio de precios puede subdividirse en varias técnicas:

a) Análisis de correlación. Se analiza el coeficiente de correlación entre precios de X e Y. La relación puede ser positiva (X sube; Y sube) o negativa (X sube; Y baja). En este análisis, X e Y son sustitutos si su coeficiente de correlación es positivo y elevado. La correlación sin embargo, también puede ser aparente, y deberse a factores comunes (Vg. costos) o a una tendencia externa al modelo (Vg. inflación)

b) Análisis de Cointegración. Es una técnica econométrica que permite determinar si existe una relación de equilibrio a largo plazo entre dos variables. Si X e Y son sustitutos, las alteraciones en el nivel de precios relativos serían sólo transitorias, mientras que en el largo plazo se igualarían.

c) Análisis de Causalidad. El más usado, el test de causalidad de Granger parte de que se observará que la reducción en el precio de X precede a la reducción en el precio de Y.

Ver: JIMENEZ LATORRE, Fernando y CAÑIZARES PACHECO, Enrique. *Dificultades para la definición del mercado relevante*. En: MARTINEZ LAGE, Santiago y AMADEO PETITBO, Juan (Directores). *El Abuso de la Posición de Dominio*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2006. Págs. 44-50.

³⁵⁸ El análisis de eventos puede referirse a:

a) Cambios en las condiciones de competencia a lo largo del tiempo: Se analizan las consecuencias de las variaciones en el precio de factores productivos, fluctuaciones de tipo de

*elasticidades*³⁵⁹. A diferencia de las anteriores técnicas, el análisis de las elasticidades supondría la solución más objetiva al test SSNIP, eliminándose así la subjetividad especulativa o discrecionalidad de los resultados del mismo. Aparentemente, esto sería así porque de acuerdo al test del monopolista hipotético el mercado relevante debe incluir todos aquellos bienes cuyo *grado de sustitución* es lo suficientemente grande como para que alguien que controle todos esos bienes pueda incrementar simultáneamente los precios de todos ellos sin temer un traslado masivo de compradores hacia otros bienes. Dado que la *elasticidad de la demanda* cuantifica esa *posibilidad de sustitución*, los teóricos del Derecho de la Libre Competencia se sienten suficientemente confiados en la objetividad del test. Dicho de un modo más preciso por COLOMA: “*la elasticidad precio de la demanda agregada de los productos que conforman el mercado relevante debe ser relativamente baja, en tanto que la elasticidad precio de la demanda agregada de cualquier subconjunto de bienes que están dentro de dicho mercado, pero que no incluye a todos los productos que pertenecen al mismo, debe ser relativamente alta. Cuán alta o cuán baja deben ser dichas elasticidades para poder decir que un determinado conjunto de productos constituye un mercado relevante depende sin embargo de un criterio que es relativamente arbitrario, pero que no deja de tener cierta base objetiva*”³⁶⁰.

cambio, cambios institucionales, fiscales, etc. así como las respectivas reacciones de los consumidores ante tales cambios. Este análisis sería una suerte de experimento natural que nos provee de información valiosa; y

b) Diferencias en las condiciones de competencia entre zonas geográficas. Se analizan zonas donde se observan diferentes condiciones de competencia. Si los precios en zonas “competitivas” y en zonas “monopolizadas” no difieren mucho, entonces se puede concluir que en las zonas monopolizadas deben existir otras presiones competitivas que disciplinen el comportamiento de la empresa monopólica o dominante. Ver: JIMENEZ y CAÑIZARES. *Op. Cit.* Págs. 50-52.

³⁵⁹ Por ejemplo, en el caso de Metales Bera del Perú S.A. v. Minsur S.A., la Comisión de Libre Competencia, mediante Resolución N° 066-96-INDECOPI/CLC señaló que la determinación del mercado relevante implica, entre otras cosas, la existencia de productos idénticos o sustitutos, debiendo acudirse al criterio de la *elasticidad cruzada*, en virtud del cual son razonablemente intercambiables aquellos productos cuya subida de precio influye en la demanda de otros productos diferentes que pueden servir para el mismo fin. En cuanto a la elasticidad-precio, dice RUIZ que “*la elasticidad –precio nos brinda información acerca de la reacción en el consumo de un bien frente a un aumento de su precio. Una elasticidad precio alta nos refleja que, ante un incremento de precios, el consumidor tenderá a sustituir el consumo del mismo por el de otros bienes alternativos, o bien un numero importante de consumidores dejará de consumirlo*”. RUIZ, Gonzalo. *Definición de mercado relevante y políticas de competencia*. En: Revista THEMIS 41. Pág. 298

³⁶⁰ COLOMA, Germán. *Una metodología unificada.... Op. Cit.* Pág. 06.

¿Cómo se mide la posibilidad o grado de sustitución? La *elasticidad precio de la demanda* cuantifica la reacción en el consumo de un bien frente a la variación de su precio; en concreto para el test, el descenso en la cantidad demandada ante incrementos en el precio. Mientras más empinada sea, gráficamente, la curva de demanda, se le considera menos elástica y viceversa. Si esta elasticidad-precio de la demanda del bien X es elevada – mayor a 1 en valor absoluto-, incluso pequeños incrementos de precios redundarán en descensos significativos de la cantidad demandada de X y por tanto, tales incrementos no resultarían rentables, concluyéndose que el mercado relevante incorpora a otros bienes sustitutos de X. Al contrario, si la elasticidad-precio del mismo bien fuese mínima –digamos, menor a 1 en valor absoluto- entonces el mercado relevante correspondería al bien X y dentro de aquél podría ejercerse poder de mercado. Por otro lado, la *elasticidad cruzada* cuantifica el efecto positivo o negativo en la demanda de X ante la variación del precio del otro bien Y. Si la elasticidad cruzada es positiva (*mayor a 0*), entonces se entiende que un incremento en el precio de Y *ha causado* que los consumidores empiecen a demandar más X, revelando así que X es un bien sustituto de Y.

Desafortunadamente, el optimismo de las agencias de competencia por haber encontrado ciertas herramientas y técnicas cuantitativas que les permitirían resolver el test SSNIP de un modo más o menos objetivo es infundado.

La medición y posterior uso de elasticidades para definir mercados pasa por alto que la estadística de precios es pura *historia económica*; es decir, que sólo nos informan de los precios pagados por cierto bienes en circunstancias arbitrariamente delimitadas, tanto en tiempo como en espacio. Por ejemplo, cuando se dice que la elasticidad-precio del pollo es 0.5 (valor absoluto), o que la elasticidad cruzada del pollo con respecto del pescado es + 0.2, *dichos números no reflejan una propiedad la demanda del pollo, ni algún atributo inherente a la relación entre el pollo y el pescado*, sino que expresan una medición mucho más *humilde* y *arbitrariamente orientada*. Es *humilde* porque la información que nos proporcionan se refiere únicamente que en Lima, durante el período anual 2010, se encontró que la elasticidad-precio del pollo era 0.5,

mientras que la elasticidad cruzada entre el pollo y el pescado fue de 0.2. Pero además, dicha medición es *arbitrariamente orientada* puesto que el mercado es y ha sido siempre un proceso, por lo que la medición *estática* de la sustituibilidad siempre requiere que el analista decida qué porción del mercado geográfico atender (en nuestro ejemplo, Lima-ciudad), qué bienes comparar (pollo y pescado) y qué período de tiempo observar (período anual 2010); esto es, que escoja y aisle arbitrariamente una parte del proceso para efectuar el análisis de precios. Esto es de la mayor importancia práctica porque un analista que, discrecionalmente y en función a su foco de interés, tome como referencia otras variables –Vg. el departamento de Lima (en vez de la ciudad de Lima), y el período semestral 2010-01 (en vez de considerar todo el año 2010)- puede obtener distintos resultados.

La medición de la elasticidad no tiene los atributos de una constante, como sí sucede mayoritariamente en las ciencias naturales. La cuantificación de la sustituibilidad en el pasado, sobre la base de variables arbitrarias, nada puede decirnos de un modo científico acerca del grado de elasticidad *actual* ni *futura* de la demanda, ya que el proceso de mercado siempre está en marcha, en constante ajuste por parte de consumidores cuyas preferencias y urgencias mudan caprichosamente, así como por la acción creativa de los empresarios. Nuestra crítica a la excesiva confianza en las elasticidades es la misma que los propios defensores del Derecho de la Libre Competencia hacen del *test Helzynga-Hogarty* para definir mercados-geográficos relevantes. Según este último test, si (i) una proporción importante del total consumido en la región proviene de empresas ubicadas en la misma región (Criterio *Little INSIDE from OUTSIDE - LIFO*) y además, (ii) una proporción importante de la producción total de las empresas que están ubicadas dentro de la región es consumido internamente (Criterio *Little OUTSIDE from INSIDE - LOFI*), la delimitación geográfica del mercado relevante estaría constituida por la región en cuestión. RUIZ critica acertadamente este test diciendo que “*no brinda una explicación convincente acerca de la posible respuesta de los consumidores frente a aumentos pequeños y sostenidos en el precio. De la ausencia de comercio entre dos regiones, es erróneo deducir la existencia de dos mercados geográficos. Aun cuando en un lapso prolongado de tiempo no haya existido*

*comercio entre dichas regiones, es posible que las elasticidades cruzadas entre productos provenientes de éstas sea alta, y que ante aumentos pequeños en precios en alguna de las regiones, el comercio de produzca*³⁶¹. Pues bien, en el mismo sentido, sostenemos que nuestro conocimiento histórico de las elasticidades, en cuanto se tratan de *mediciones arbitrarias* que -además- pretenden encontrar propiedades *constantes* o *estáticas* de la demanda, no pueden darnos respuestas convincentes acerca de la posible respuesta de los consumidores frente a incrementos de precios en el futuro; ni de las mediciones realizadas en el pasado, se puede deducir su continuidad intensiva en el futuro u otros contextos hipotéticos.

Hasta ahora hemos asumido que, aunque sea en el pasado, la observación de los precios de X e Y sí pueden medir, de un modo muy limitado, la sustituibilidad. No obstante, ahora debemos indicar que la observación de precios sólo nos muestra un mosaico de eventos complejos e irrepetibles, cuyas relaciones de causalidad son harto discutibles. Dos analistas pueden observar que ante un incremento de precios de X en un 10%, la cantidad demandada disminuyó en 15%. ¿Resulta entonces que la demanda de X es elástica? La respuesta sería positiva *si y sólo si* en la realidad se hubiese cumplido, como en los modelos económicos, la condición *ceteris paribus*. Esta última condición nos permitiría concluir que, para la realidad histórica observada, el incremento de precios en 10% “*causó*” el descenso en la cantidad demandada en 15%. No obstante, sabemos que la realidad no opera de tal modo, que cada acción de los empresarios como de los consumidores responde a una serie de *hechos e interpretaciones de esos hechos* que impiden tratar a la realidad como si fuera un pequeño laboratorio donde los efectos de algunas variables pueden ser observados (experimento del 5%) mientras que las demás variables permanecen controladas o estáticas. En buena cuenta, el escepticismo al método empírico se sustenta en esta limitación.

³⁶¹ RUIZ, Gonzalo. *Definición de Mercado relevante... Op. Cit.* Pág., 301.

Siempre será necesario que el analista interprete dichos resultados, discriminando entre hechos que pudieran haber *potenciado* o *frenado* los efectos del incremento de precios (hechos distorsionantes); considerando, además, la magnitud de los efectos de estos hechos distorsionantes, para finalmente concluir que la elasticidad-precio de la demanda del bien observado en un espacio y tiempo determinados asciende a 1.5. Nuestro punto aquí consiste en demostrar que en modo alguno puede decirse que esta labor de *historia económica*, dirigida por la *comprensión* de analista, haya conseguido un *dato cierto, objetivo y permanente*.

Sin perjuicio de lo dicho, los precios no son los únicos indicadores pueden informarnos acerca de la sustituibilidad. La visión ortodoxa confía primordialmente en el análisis de elasticidades y de correlaciones de precios porque presume que la competencia es básicamente *unidimensional*: que las empresas sólo compiten mediante guerras de precios. Y vale recordar que esta noción *unidimensional* no es sino consecuencia natural de la errada adopción del paradigma neoclásico de la competencia, donde todas las empresas son iguales, enfrentan los mismos costos, donde los consumidores son iguales y demandan lo mismo, etc.; de tal modo que solamente podrían aprovechar beneficios empresariales puros reduciendo precios. *Lo cierto es, sin embargo, que el proceso creativo de rivalidad entre empresas puede extenderse a cualquier ámbito de la transacción: condiciones de pago, calidad de los diversos atributos del bien ofrecido, extensión de la garantía, facilidades de ubicación y/o entrega, servicios conexos y agregados, servicios post-venta, etc., que hace más complejo el análisis de “las condiciones de competencia” que distinguirían un mercado de otro.*

Volvamos al test SSNIP. Recordemos este test busca determinar el máximo conjunto de bienes cuyo incremento pequeño pero significativo y no transitorio de precios sea rentable para el monopolista hipotético de tales bienes. Para resolver el test, debemos conocer: (i) cuál es la magnitud del incremento de precios “pequeño pero significativo y no transitorio” que uno desea evaluar, (ii) qué precio tomar como “precio inicial” sobre el cual se efectuará el incremento,

y (iii) cuál es el margen de beneficios con el cual trabaja el monopolista hipotético para decidir si el incremento de precios es rentable o no.

La primera pregunta usualmente se responde haciendo el test con un incremento de precios que oscila entre el 5% y 10%. Tales números son evidentemente arbitrarios; no obstante, nuestra atención se va a enfocar en la mayor discrecionalidad de los puntos (ii) y (iii). En cuanto a (ii), si vamos a evaluar los efectos de un 5% de incremento de precios, es lógico preguntarse cual sería el “precio inicial” sobre el cual efectuar el incremento. Incluso si adoptáramos temporalmente la existencia de una curva de demanda bajo análisis, se sabe que esta curva tiene tramos más elásticos y menos elásticos, por lo que *los efectos del incremento de precios dependerán del lugar del precio inicial en la curva de demanda*. Así, si el precio inicial se ubicara en la porción elástica de la curva de demanda, un incremento del 5% provocaría que los consumidores sustituyan rápidamente el consumo del bien en cuestión por otros sustitutos³⁶². Al contrario, si el precio inicial se ubicara en la porción

³⁶² Al respecto, en la doctrina Antitrust es conocida la llamada “*falacia del celofán*”, la cual advierte que si el análisis toma un precio supra-competitivo como “precio inicial”, tal que el consumidor esté dispuesto a redirigir su consumo hacia productos que no consideraría como sustitutos en caso de que los precios sean competitivos, tendríamos que incluir efectivamente a sustitutos que sólo son tales por el excesivo precio del producto analizado, diluyendo el poder de mercado que el empresario en realidad posee. El nombre de la falacia proviene de la decisión adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América contra la empresa E.I. du Pont de Nemours & Co., sobre un presunto abuso de posición de dominio en el mercado de papel celofán.

En el mismo sentido, Lawrence WHITE sostiene que los criterios para la definición del mercado relevante adoptados en los *Merger Guidelines* sólo en circunstancias especiales son apropiados para casos de monopolización (abuso de posición de dominio). Sucede que en casos de abuso de posición de dominio, la empresa dominante ya habría establecido un precio maximizador para sí misma, por lo que no podría elevar precios de modo rentable a partir de sus precios actuales. En otras palabras, que *su poder monopólico se manifiesta a través del mantenimiento de su mayor precio, y no de su capacidad para elevar el precio*.

El test SSNIP solamente es útil dentro de un análisis *prospectivo*, es decir, cuando hay que evaluar problemas *a futuro*. Por ello, su utilización en el análisis de fusiones es adecuada porque responde a la siguiente pregunta: ¿esta fusión permitirá la creación o incremento del poder de mercado?; no obstante, este mismo test es inadecuado como herramienta para medir el poder de mercado *actual*. De ello, el autor concluye que resulta necesario elaborar una herramienta alternativa, distinta al test SSNIP, para los casos de monopolización. Como propuesta, sugiere que la comparación de precios entre distintas zonas y el análisis de sus correspondientes estructuras nos podrían ayudar a inferir la existencia de mercados distintos. Asimismo, sugiere analizar la data sobre las ganancias, la elasticidad de la demanda de la empresa dominante, así como evaluar *directamente* la magnitud de los efectos exclusorios en la conducta denunciada para los casos de monopolización. Ver. WHITE, Lawrence J. *Market power and market definition in monopolization cases*. En: COLLINS, Wayne D (Editor). *Issues*

inelástica de la curva de demanda, dicha sustitución no se daría, o se daría en niveles ínfimos. *¿Cuál es el tramo de la curva de demanda relevante para la sustitución? La respuesta es necesariamente arbitraria.* Peor aún sería pretender ubicar al “precio inicial” en el “precio competitivo” (de equilibrio), dado que éste último no puede conocerse.

Con relación al punto (iii), *¿qué margen de beneficios usaremos como estándar para el test?* Si ante un incremento de precios del bien X en 5%, el monopolista hipotético obtiene efectivamente un margen de ganancia del 1%, *¿Ese margen puede considerarse “rentable”?* En condiciones de competencia perfecta, sí es rentable, y por tanto el test podría terminar definiendo a X como el producto relevante. Si tomáramos 20% como estándar de margen de ganancia, entonces un margen de 1% ante el incremento de precios no sería rentable, y consecuentemente, deberíamos seguir incorporando otros bienes en el mercado relevante. Si tomáramos 80% como estándar de margen de ganancia, casi ningún incremento de precios será considerado rentable. Entonces, *¿qué margen adoptar: el de la empresa perfectamente competitiva, el de la empresa promedio, el de la empresa concreta denunciada?* Cualquiera sea la respuesta, tampoco no será ni técnica ni objetiva. Lo cierto es que la *elección* del margen de ganancia “rentable” dentro del contexto del test (ante un pequeño significativo y no transitorio incremento de precios) será producto de los objetivos discrecionales del analista. *Por tanto, nunca puede decirse que la elección del nivel crítico de transferencia en ventas a partir del cual dos productos deben considerarse sustitutos sea imparcial.*

Otro indicio de la inherente arbitrariedad de las definiciones de mercados relevantes consiste en que tales análisis tratan a los consumidores como si fuesen un solo grupo homogéneo, y que la cuestión problemática sólo consiste en definir los límites y grados en las relaciones de competencia de diversos empresarios-ofertantes. No se toma en cuenta –al menos no explícitamente– que los consumidores también podrían ser segmentados en varios grupos arbitrarios -dependiendo del criterio que se adopte (Vg. edad, sexo, hábitos,

of Competition Law and Policy. Volumen II. American Bar Association. Chicago, 2008. Págs. 913 y ss.

estilos y ritmo de vida, nivel de ingresos, instrucción, etc.)- y que *cada uno de estos grupos de consumidores percibirá un “mercado relevante” distinto*, conformado por el conjunto de ofertantes que se encuentren mejor posicionados para satisfacer las necesidades de cada grupo de consumidores. *Es decir, no sólo yerran al pretender encontrar grupos de bienes con un alto grado de sustituibilidad entre sí y bajo o nulo grado de sustituibilidad con otros grupos de bienes, sino que obvian preguntarse a qué grupo de consumidores están analizando.* En la práctica, esta definición del grupo crítico de consumidores no puede obviarse, y sucede que se plantea de forma discrecional e implícita, con lo cual se acredita una vez más que la definición de mercados relevantes se forja a partir de una serie de sutiles pero importantes decisiones discrecionales de los funcionarios públicos, quienes actuando como empresarios, provocan que la arbitrariedad del análisis no esté en el margen sino en todo el proceso de análisis³⁶³. Insistimos que no sostenemos que esto *deba o no deba* ser así, ni que tales razonamientos sean errados; sino que es inevitable que la agencia de competencia actúe como empresario en cada uno de los pasos para tomar decisiones en el mercado.

³⁶³ MARKOVITS pone un caso de una ciudad de 100 mil habitantes que tiene 10 suburbios en su periferia, de 20 mil habitantes cada uno, haciendo un total de 300 mil habitantes. En la ciudad hay 10 zapaterías (1A a 1J), mientras que en cada suburbio hay 2 zapaterías (2A, 2B, 3A, 3B, y así hasta 11A, 11B). Asimismo, de acuerdo a los hábitos de los habitantes, existirían 3 tipos de consumidores: los “ciudadinos” (que sólo están en la ciudad), los “viajeros” (que van y vuelven de la ciudad a los suburbios constantemente; Vg. Por razones laborales) y los suburbanos.

Sobre estos datos, MARKOVITS sostiene que una definición de mercado orientada por los consumidores (por el lado de la demanda) define el mercado armando grupos de consumidores con preferencias similares y luego define el lado de la oferta de cada grupo incluyendo a todos los vendedores que están mejor posicionados para satisfacer a los consumidores en cuestión. Desde esta perspectiva, el número de grupos de consumidores equivale al número de mercados. Los vendedores mejores posicionados para algunos grupos no necesariamente están mejor posicionados en todos, por lo que el porcentaje de participación de cada vendedor también varía. Y los “rivales” que cada vendedor enfrenta también variará de mercado en mercado. En el ejemplo provisto, desde esta perspectiva, existirían 21 mercados: 1 conformado por los ciudadanos-zapaterías de la ciudad; 10 conformados por cada grupo de “viajeros”-zapaterías de la ciudad y su suburbio; y 10 conformados por cada grupo de suburbanos-zapaterías de su suburbio.

En cambio, una definición de mercado tradicional (orientada por la oferta) agruparía a las empresas en mercados de tal modo que estas empresas *no se superpongan* en más de un mercado. Utilizar esta aproximación en el ejemplo indicado reduciría los mercados a menos de 21. Concluye el autor diciendo: “*No quiero decir que los abogados, economistas y jueces que han intentado definir los mercados en casos individuales han ignorado estas consideraciones [...] Pero cualquiera que esté familiarizado con la práctica del Derecho Antitrust debe reconocer que raramente –si alguna vez lo son- vendedores individuales son colocados en múltiples definiciones de mercados en cuyos lados de la oferta se superponen grupos de vendedores*”. Ver: MARKOVITS, Richard. *On the inevitable arbitrariness of market definitions*. En: Antitrust Bulletin 47 (Invierno, 2002). Pág. 571 y ss.

Un elemento del test SSNIP que pocas veces se considera de manera explícita en los casos de libre competencia peruanos es el *período de tiempo*. Si bien los *Merger Guidelines* refieren a que el incremento de precios debe ser “no transitorio” (usualmente se habla de 1 año), la redacción encontrada en las diversas resoluciones del INDECOPI generalmente omite cualquier referencia al lapso, limitándose a señalar que el mercado relevante está conformado por las “*alternativas reales y viables tiene el comprador o el proveedor, según sea el caso, frente a la empresa denunciada*”³⁶⁴. Se ignora o no se reconoce claramente que diferentes períodos de tiempo hacen *sustituibles* a ciertos bienes, mientras convierten en *insustituibles* (temporalmente) a otros. Dicho de otro modo, mientras mayor sea el plazo en cuestión -para simplificar: corto, mediano y largo-, mayor será la elasticidad de la demanda y de la oferta³⁶⁵, y con ello, mayor será la probabilidad de encontrar mercados “competitivos”. Y lo contrario también puede suceder: en un período de tiempo largo puede gestarse la producción de un bien *insustituible* por un lapso mayor, precisamente debido a su mayor valor o utilidad. Piénsese en la fijación exitosa de una marca NN que en un período prolongado de tiempo logre ganar imbatiblemente las preferencias de los consumidores. En el corto plazo, el bien NN podría parecer fácilmente sustituible, pero en el largo plazo, una vez ganada la reputación de su marca, puede volverse menos sustituible. Por tanto, en el test que define cuáles bienes son sustituibles y cuáles no, ¿qué período

³⁶⁴ Resolución N° 0106-1998/TDC-INDECOPI (Exp. 002-97-CLC) del 17 de abril de 1998 (Formas Continuas y Derivados S.A. (FOCODESA) v. Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST), por discriminación en las condiciones de licitación).

³⁶⁵ La sustituibilidad de la oferta está referida a facilidad con que empresas en otros mercados, con una baja inversión, sin costos significativos y en un corto plazo, pueden empezar a producir el bien monopolizado cuyo precio se ha elevado. En estos casos, ante un incremento de precio del bien materia de análisis, no solamente serán los consumidores quienes tendrán la posibilidad de variar su consumo hacia otros bienes (elasticidad de la demanda), sino que también otras empresas podrán redirigir su producción hacia dicho bien (elasticidad de la oferta). Como regla general, en la Unión Europea se considera que una oferta elástica tiene efectos equivalentes a los de la demanda elástica en términos de eficacia y respuesta inmediata, por lo que incluyen su análisis en la *definición del mercado relevante*. Al contrario, como regla general, en el Perú, la sustituibilidad de la oferta no se analiza en la *definición del mercado relevante*, sino en un paso lógico posterior: la *verificación de la posición de dominio* dentro del mercado relevante ya definido: “... *la definición de mercado relevante del producto se basa principalmente en el análisis del lado de la demanda del bien, mientras que el análisis del lado de la oferta se utiliza, más bien, para establecer si una empresa tiene o no posición de dominio en el mercado definido*” Ver Informe Técnico N° 012-97-CLC, en la denuncia de IEQSA contra Centromin. Citado por FLINT, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia...* Op. Cit. Pág. 212.

de tiempo, o qué plazo utilizar? Tampoco hay respuesta objetiva o imparcial. Incluso si eligiéramos arbitrariamente el “corto plazo”, tal como ha sucedido en algunas decisiones de la agencia de competencia peruana³⁶⁶, dicha definición se mantendría amplia y vaga, en tanto aún estaríamos ante la necesidad de fijar si dicho corto plazo corresponde a 3 meses, 6 meses, un año, dos, etc.

Para contrastar la adopción del “corto plazo” como estándar, citamos aquí a STIGLER, para quien el mercado de un bien debe definirse en función de la sustituibilidad de largo plazo: *“Una industria (mercado) debe comprender la máxima área geográfica y la máxima variedad de actividades productivas en las que existe una fuerte sustitución en el largo plazo. Si los consumidores pueden cambiar masivamente del producto o área B al producto o área A, entonces ambas deben combinarse en el mismo mercado. [...] Todos los productos o actividades con elasticidades cruzadas de largo plazo tanto de la oferta como de la demanda deben incorporarse dentro del mismo mercado”*³⁶⁷. Nuestro punto es que ni el corto ni el largo plazo (lo que sea que sus autores pretendan decir con esas expresiones) es el plazo “técnicamente” correcto, pues éste no existe.

Sería mejor, pues, aceptar desde un inicio que en la definición de mercados relevantes los funcionarios públicos expresan sus juicios de valor, interpretaciones empresariales y expectativas sobre la rentabilidad y la sustituibilidad en los casos concretos que analizan. Las elaboradas herramientas cuantitativas, que aparentemente le dan objetividad, tecnicismo y científicidad a la labor de la agencia, pueden subsumirse en el siguiente conjunto de criterios menos precisos: *“Delimitar el mercado relevante consiste en definir el producto y el ámbito geográfico relevantes para efectos de la investigación. El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o*

³⁶⁶ Ver por ejemplo: “De otra parte, debe considerarse que si bien, en el mercado relevante existieron durante el año 2002, otras empresas administradoras de prácticos que podían competir con Pilot, su actuación estaba limitada por dos factores: i) la cantidad de prácticos marítimos licenciados para TPC disponibles en el mercado, dadas las restricciones legales establecidas para las operaciones de practica; y, ii) la imposibilidad en el **corto plazo**, de capacitar nuevos prácticos dadas las limitaciones imperantes por los requerimientos establecidos para ello por DICAPI”. Resolución N° 0407-2007/TDC-INDECOPI de fecha 22 de marzo de 2007. (Caso PILOT antes citado, negritas agregadas).

³⁶⁷ KIP VISCUSI, HARRINGTON y VERNON. *Op. Cit.* Pág. 56.

*servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, precio, o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ello implica determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo*³⁶⁸. El problema que venimos comentando es que tanto las “alternativas razonables”, como el “número significativo de clientes”, así como el “plazo” y el “monto significativo” a considerar son conceptos sumamente flexibles y maleables, cuya utilización inevitablemente discrecional por parte de distintos funcionarios puede arrojar diversos resultados de “mercados relevantes” para el mismo caso, incluso sobre la base de los mismos hechos y de la misma data, dependiendo de las interpretaciones empresariales que de ellos se efectúen. Estas limitaciones - referidas a las características intrínsecas de las decisiones de la agencia- no dan cabida para ejercicios numéricos de *elasticidad* que brinden respuestas técnicas y objetivas, ni métodos que reduzcan al máximo la discrecionalidad del investigador³⁶⁹. Más bien, los criterios expuestos en la cita serían muy *útiles* como guía práctica para la actuación de los empresarios privados quienes, involucrados en el proceso de ensayo y error, podrán poner a prueba los resultados de sus definiciones de mercados relevantes en el contexto de sus propias actuaciones.

Incluso si las agencias de competencia tuvieran ciertos criterios objetivos para definir los elementos del test SSNIP, existe un problema adicional relativo al *volumen* de información necesaria para obtener los números agregados que son materia de análisis. El análisis puramente cuantitativo resulta tan costoso y laborioso que las agencias de competencia han debido echar mano de herramientas de tipo *cualitativo* en sus análisis de sustituibilidad, tales como la comparación de características, usos y aplicaciones de los bienes en

³⁶⁸ Resolución Nº 0078-1999/TDC-INDECOPI de fecha 05 de marzo de 1999 (Caso El Comercio v. Aero Continente S.A., ya citado).

³⁶⁹ RUIZ sugiere que para reducir la discrecionalidad y subjetividad de la agencia de competencia, es necesario que se implemente una metodología de estándares mínimos de información (por ejemplo, mediante la elaboración de guías y cuestionarios). RUIZ, Gonzalo. *Definición de mercado relevante... Op. Cit.* Pág. 300. No obstante, podrá notarse que nuestra crítica se mantiene válida incluso si tuviéramos altos volúmenes de información.

cuestión³⁷⁰, así como la evaluación de las preferencias de los consumidores. Dentro de esa línea, algunos sugieren la elaboración de entrevistas a los consumidores, productores, comercializadores, etc. para que revelen sus preferencias³⁷¹, como si ellos pudiesen *demostrarlas* fuera de la *valoración contextual* que caracteriza toda acción, o como si las mismas preferencias se mantuvieran el mismo orden de urgencia e intensidad a través del tiempo.

Desde una perspectiva del tipo de conocimiento, de acuerdo a lo desarrollado líneas arriba, todas estas estrategias o herramientas *cuantitativas* o *cualitativas* no son sino articulaciones -esto es, ordenaciones sistemáticas y objetivizaciones- del método para medir mercados relevantes. El error fundamental de estos intentos radica en que los fenómenos a medir –mercados relevantes- son en realidad parte de un mayor proceso de interacciones económicas, cuya formación de precios involucra millones de individuos que actúan en más de un “mercado relevante”, y cuyo seccionamiento *artificial* –o aislamiento- sólo se da a partir de criterios implícitos, de tipo *know how*, que pueden formalizarse de una manera muy limitada. Por más metodologías explícitas que se pretendan presentar, la mayor parte del conocimiento utilizado al definir un mercado permanecerá inarticulado y arbitrario.

Justamente, sobre la distorsionada finalidad de seccionar objetivamente el mercado, vale citar nuevamente a MISES, para quien *“el mercado es un proceso coherente e indivisible. Es un entretelar de acciones y reacciones, de cambios y contracambios. Pero nuestra imperfección mental nos obliga a dividirlo en partes y analizar separadamente cada una de ellas. Al emplear tal artificiosa segmentación, nunca debe olvidarse que la aparentemente autónoma existencia de esas partes es una construcción imaginaria de nuestra mente”*³⁷². No sólo la segmentación entre bienes de diversos órdenes, o etapas de proceso productivo, sino también los conceptos de *consumidor* como

³⁷⁰ Ver por ejemplo: “Para definir el mercado relevante de servicio deberá incluirse a todos aquellos servicios que resulten sustitutos adecuados del servicio que se demanda. El análisis de la sustituibilidad de la demanda tiende a buscar aquellos servicios que pueden ser considerados como intercambiables por un número significativo de consumidores considerando sus **necesidades, a partir de factores como precio, calidad, utilidad, entre otros**” (negritas agregadas). Resolución N° 0454-2007/TDC-INDECOPI del 30 de marzo de 2007.

³⁷¹ RUIZ, Gonzalo. *Definición de Mercado relevante Op. Cit.* Pág. 300.

³⁷² MISES, Ludwig von. *La Acción Humana. Op. Cit.* Pág. 402.

opuesto al de *productor* (que en realidad expresan *funciones catalácticas* antes que personas determinadas), así como el *mercado* de un bien A en oposición al *mercado* de un bien B, son todas herramientas analíticas para entender mejor fenómenos más complejos, a saber, la estructura o red social de la producción. Resulta falaz entonces, pretender darle *contenido estricto y exacto* a la determinación del mercado del bien A para distinguirlo del mercado del bien B y afirmar que entre estos dos mercados no existe ninguna relación de competencia.

Tal es así que en la práctica, las resoluciones de la agencia de competencia peruana no son exhaustivas en la aplicación de las herramientas cuantitativas y/o cualitativas para la determinación de mercados relevantes. Basta darles un vistazo para comprobar que sólo aplican parcialmente las herramientas cualitativas y cuantitativas que se describen en los textos, mientras que el meollo del análisis no son sino apreciaciones empresariales mucho menos articuladas. El motivo de ello no radica en alguna incapacidad de los funcionarios públicos, sino en la natural limitación para articular las propias lecturas del mercado, especulaciones empresariales y demás conocimientos subjetivos acerca de la pregunta fundamental del test: ¿Cuál es mínimo conjunto de bienes sustituibles entre sí pero insustituibles con otros grupos de bienes?

4.5.3 Anotación final.

Finalmente, cabe hacer notar la incongruencia de cierta doctrina respecto del uso de criterios discrecionales y arbitrarios en las decisiones de la autoridad de competencia. Entre los grandes debates efectuados en la doctrina nacional en el ámbito del Derecho de la Libre Competencia, podemos mencionar aquél relativo a la punibilidad de los *precios excesivos*, o en general, de las *prácticas explotativas*. De alguna manera, el debate quedó zanjado con la expedición de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – Decreto Legislativo 1034, que descarta claramente la sanción de tales prácticas³⁷³. Durante el debate uno

³⁷³ Solamente prevé la sanción de las practicas exclusorias, esto es, aquellas que excluyen indebidamente a sus competidores:

de los reiterados fundamentos para la no punibilidad de los precios excesivos radicaba en la imposibilidad de conocer el precio “justo”, el precio “proporcional” o el “precio de equilibrio”, de tal manera no existiría un estándar contra el cual calificar a un precio denunciado como “excesivo”. Asimismo, se insistió en la doctrina y en las resoluciones alineadas con dicha doctrina que bajo la legislación vigente –específicamente, bajo la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada³⁷⁴- la Administración Pública estaba prohibida de fijar precios.

Resulta irónico que quienes utilizaron estos argumentos no tienen ningún problema con que la agencia de competencia sí determine cuándo la entrada al mercado es rentable, cuándo las barreras son altas o bajas para todos por igual, cuándo el mercado es objetivamente contestable, o –para el caso de los mercados relevantes- qué bienes son razonablemente sustituibles con otros, así como cuáles alternativas son “reales” o no. Se amparaban en que la ley no permite a la Administración Pública fijar precios; sin embargo, si realmente fueran coherentes, deberían apoyar la modificación de la ley ante la posibilidad medir un “precio justo, competitivo o razonable”. ¿Cómo así? Podríamos “tasar” los bienes materia del procedimiento de Libre Competencia. Mediante la tasación podremos extraer un valor comercial “razonable” a los bienes en cuestión y verificar si el precio que pagan los consumidores de las empresas denunciadas es excesivo. No sería la primera vez que se hace esto, pues actualmente ya se utilizan informes económicos que determinan la sustituibilidad de un producto o la rentabilidad de una actividad, y en general, la

*“10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para **restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.***

*10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto **exclusorio** tales como: [...]” (Negritas agregadas).*

No obstante, ciertamente el debate no ha acabado mientras se siga adoptando la filosofía colectivista y el paradigma económico neoclásico. Sobre el particular, hemos mencionado en una nota al pie de página, que ROJAS LEO basa la punibilidad de las prácticas explotativas en criterios constitucionales de protección al consumidor (Arts. 61 y 65) que en cualquier momento podrían ser amparados por encima de la referida Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en aplicación del control difuso.

³⁷⁴ Decreto Legislativo N° 577, artículo 4: “La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”.

razonabilidad de la sustituibilidad (“*alternativas razonables*”). ¿Por qué, entonces, no elaborar informes económicos que determinen el “precio razonable” de un bien? En el mismo sentido, al igual que en la sanción de los precios predatorios, podríamos tomar en cuenta los costos marginales de un lote concreto para posteriormente fijar que un margen de ganancia (diferencia entre precio final y costo marginal) “muy alto” determina un “precio excesivo”³⁷⁵. Podríamos hablar de una margen mayor al 50%, por ejemplo. Por supuesto, permitiríamos que el acusado presente tasaciones e informes de parte a fin de que la autoridad respete el debido proceso y tenga mayores elementos de juicio. Nuestra pregunta para aquéllos feroces detractores de la punibilidad de las prácticas explotativas es: ¿No sería este método coherente con aquél que delimita mercados relevantes (podríamos incluso hablar de “*costos relevantes*” y de “*márgenes relevantes*”, o de “*precios razonables*” en analogía a “*sustitutos razonables*”) y establece rentabilidades razonables al analizar las barreras de entrada? ¿Por qué aferrarse a la defensa del proceso de mercado, si es claro que –desde su propio paradigma- las prácticas explotativas perjudican *directamente* al consumidor, y entonces, deberían ser sancionadas *a fortiori*? Es más, ¿por qué insisten en sancionar la cartelización o *prácticas restrictivas*

³⁷⁵ Con buena disposición, podría adoptarse los criterios expuestos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según los cuales se puede sancionar por precios excesivos cuando éstos no se condicen con el *valor económico* de los bienes ofrecidos por la empresa denunciada. En algunos casos se ha tomado en cuenta los costos de producción de la empresa denunciada y en otros casos se ha comparado los precios denunciados con los precios que ofrece el propio denunciado en otros mercados geográficos, así como con los precios provistos por otros operadores. Al respecto, resulta ilustrativo el cuadro preparado por MOTTA y DE STREEL en *Exploitative and Exclusionary excessive prices in EU Law*, en el cual se ubican los principales casos relativos a la sanción de precios excesivos según los criterios escogidos:

Table 1: Proof of exploitative excessive pricing

	Cost of the dominant firm	Other prices of the dominant firm (Discrimination)	Price of other firms offering similar products
Same relevant market (product and geographic)	<i>United Brands 1978</i> <i>CICCE 1985</i> <i>SACEM II 1988</i> <i>Ahmed Saeed 1989</i>	-----	(Competitor comparison) <i>United Brands 1978</i> <i>Parke Davis 1968</i> <i>Renault 1988</i>
Other relevant market in the same Member State	-----	<i>General Motors 1975</i> <i>British Leyland 1986</i>	<i>General Motors 1975</i> <i>Bodson 1988</i>
Other relevant market in another Member State	-----	<i>United Brands 1978</i>	(Benchmarking) <i>Sirena 1971</i> <i>Deutsche Grammophon 1971</i> <i>SACEM I 1989</i> <i>SACEM II 1989</i>

Disponible en la pagina web del profesor Massimo MOTTA:
<http://www2.dse.unibo.it/mmotta/Welcome.html>

de la competencia, si finalmente quienes se coluden tendrían la intención de realizar prácticas explotativas?³⁷⁶

Indudablemente, lo único que pretendemos mostrar es cómo cierta doctrina no lleva sus propios razonamientos hasta sus últimas conclusiones lógicas. De ninguna manera esta reflexión debería entenderse como un argumento a favor de la sanción de prácticas explotativas.

Tampoco pretendemos demostrar que la labor que realizan las agencias de competencia sea académicamente pobre o inútil. Nuestra intención ha sido exponer que su pretendida actuación *meramente correctiva* es lógicamente asimilable a la *acción empresarial* de los privados; y sin embargo, mientras generalmente se reconoce que los privados desarrollan diversas estrategias de resultado *contingente* sometidas a un mecanismo de pérdidas y ganancias, se asume que la actuación de las agencias de competencia, eximida del proceso de ensayo y error, puede corregir de manera técnica y objetiva las ineficiencias provocadas por algunas estrategias de los privados. En una frase, que la pretensión de tecnicismo y mera corrección del proceso competitivo es un objetivo imposible; y al contrario, las decisiones de la agencia de competencia no están por encima, sino que forman parte de aquél proceso dinámico de continua reasignación heurística de recursos. La utilidad de sus decisiones debe estudiarse, entonces, con relación a un fin *distinto* a la protección del proceso competitivo.

³⁷⁶ DIEZ CANSECO y PASQUEL responderían que “*en el caso de la concertación, lo que motiva la sanción es que las empresas dejen de competir. La sanción no apunta a prohibir que alguna empresa cobre algún determinado precio, sino a que un grupo de empresas no compitan para brindar el mejor servicio al mejor precio*”. DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique. *Precios excesivos. Una mirada a la luz del Derecho Comparado*. En: Revista *Advocatus* 10, Pág. 350 (Pie de página 8). Sin embargo, el desvalor de las conductas restrictivas *proviene* únicamente de sus efectos. De por sí, las conductas restrictivas son mero ejercicio de la libertad de contratar. Es el Derecho de la Libre Competencia el que las ha tipificado como conductas anticompetitivas porque *previamente* se entendió que sus efectos son nocivos. Por ende, la pregunta sigue en pie: Si esos efectos nocivos se dieran *directamente* a través de la actuación de una sola empresa, ¿Por qué no proteger directamente al consumidor? Consideramos que allí hay una resistencia a llevar los propios argumentos hasta sus últimas consecuencias.

CONCLUSIONES

PRIMERO. La doctrina del Derecho de la Libre Competencia peruano (DCP), en cuanto sistema de defensa de la competencia, no ha desarrollado una teoría de la competencia económica como fenómeno social desde el punto de vista *positivo*.

1.1. El DCP se fundamenta en la teoría económica neoclásica de la competencia, la que, confundiendo los planos *positivo* y *normativo*, ha planteado como ideal de competencia un estado de cosas denominado “competencia perfecta” (CP) que serviría: (i) como referencia para evaluar las condiciones de competencia en los mercados reales (plano *positivo*) y (ii) como situación social idealizada a alcanzar (plano *normativo*). Asimismo, dado que los modelos de competencia imperfecta se construyen y evalúan *siempre* en función de la estructura y resultados de la CP, es finalmente ésta la que modela y define la noción de competencia que luego determina los criterios de anticompetitividad en las llamadas conductas contrarias a la libre competencia.

1.2. Todos los fundamentos económicos del DCP son directa o indirectamente derivados de la adopción de la CP como paradigma de

competencia ideal. En especial, el rechazo a las ineficiencias provocadas por el poder de mercado resulta de aplicar la estática comparativa entre el modelo de monopolio y la CP, siendo la pérdida de eficiencia social (*deadweight loss*) la ineficiencia más grave.

SEGUNDO. En la práctica del DCP, tampoco se verifica el desarrollo de una teoría positiva de la competencia.

2.1. Las decisiones de la agencia de competencia peruana revelan mayoritariamente la adopción del referido paradigma de la CP en dos niveles: (i) consideran el fenómeno de la competencia económica como un estado de cosas y no como un proceso social de descubrimiento, concentrándose consecuentemente en el análisis estático (en vez de dinámico) de la estructura, conductas y resultados de mercados definidos como relevantes; y (ii) las decisiones están orientadas mediatamente al cumplimiento de las condiciones y resultados de esa competencia ideal (Vg. pluralidad, atomización, rivalidad en sentido restringido, homogeneidad de productos, igualdad de condiciones, precio cercano al costo marginal, etc.), salvo que el distanciamiento de ellas (Vg. las llamadas “barreras estratégicas”, las integraciones horizontales y verticales, los paquetes de bienes, la diferenciación, márgenes supracompetitivos, etc.) se encuentre objetivamente justificado y aprobado –*ex ante* o *ex post*- por la agencia.

2.2. En la doctrina nacional, las usuales definiciones de “competencia” parecen aceptables en principio debido a su amplitud, generalidad e incluso vaguedad; sin embargo, se ha detectado que de tales definiciones no se derivan criterios claros sobre la naturaleza de las “conductas contrarias a la libre competencia” o “conductas anticompetitivas”. Una vez que los diversos autores –e incluso la propia agencia de competencia- caracterizan con mayor detalle la noción de competencia cuya preservación sería el objeto del DCP, puede inferirse

en ellos una fuerte influencia del modelo de la CP y del paradigma *estructura-conducta-desempeño*.

2.3. El pragmatismo ha generado que, en algunos casos, se adopte una noción de competencia entre los planos *positivo* y *normativo*, que provoque resultados o desempeño aceptables – llamado *workable competition*.

2.4. En procedimientos de Libre Competencia³⁷⁷ en los que la agencia de competencia peruana ha percibido que las distorsiones a la competencia provienen del propio Estado, su actuación se ha enfocado casi enteramente a tratar de corregir los resultados ineficientes de las conductas que contradigan el paradigma estático de competencia, en vez de denunciar el origen institucional de tales distorsiones.

TERCERO. Toda teoría de la competencia desarrollada desde la CP, incluido el análisis de eficiencia derivado de ella, es incompatible con la naturaleza creativa de la acción humana y con la dinámica propia de los procesos sociales.

3.1. Así, el CP es una situación donde las empresas son todas iguales, tienen los mismos costos, son atómicas y sin perspectivas de crecimiento, ofrecen exactamente los mismos productos al mismo precio, saben perfectamente qué tecnología emplear y cuánto producir, conocen las inmutables preferencias de los consumidores, no enfrentan riesgo ni incertidumbre, costos de transacción, ni están sometidas a ningún mecanismo de pérdidas y ganancias. Esto es, la CP y cualquier noción que se construya a partir de ella son irreconciliables con la incorporación de la creatividad humana, la incertidumbre, el proceso de

³⁷⁷ La precisión se hace para diferenciar los casos de Libre Competencia, regidos principalmente por el derogado Decreto Legislativo N° 701 y el vigente Decreto Legislativo N° 1034 (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), de aquéllos otros procedimientos sobre Competencia Desleal o de Eliminación de Barreras Burocráticas que también son conocidos por la agencia de competencia peruana, aunque a través de distintas comisiones.

aprendizaje y el error empresarial en la descripción del proceso competitivo.

3.2. Desde el punto de vista epistemológico, hemos puntualizado que ni el irrealismo de sus supuestos, ni su supuesta capacidad predictiva pueden justificar la carencia de estos elementos, así como tampoco son criterios adecuados para reemplazar la validez explicativa de una teoría positiva. En el mismo sentido, analizada la CP desde su carácter normativo, se ha concluido que no resulta ser un escenario óptimo.

3.3. En cuanto a las nociones de monopolio y poder de mercado construidas a partir del paradigma de la CP, la teoría económica neoclásica no diferencia entre *monopolio de libre mercado* y el *monopolio de origen legal*; lo cual le lleva a considerar que las restricciones monopólicas y las ineficiencias resultan aplicables a ambos escenarios por igual. Subyace a esta teoría del monopolio la asunción estática de que empresas exitosas adquieren una capacidad efectiva de actuar con independencia de los demás agentes del mercado, revocar la mutualidad del fenómeno del intercambio y de eximirse de las leyes de la oferta y la demanda. Que, sin la utilización de la violencia física, estas empresas podrían elevar los precios por encima de un nivel competitivo ideal y reducir la producción ideal, generando una pérdida de eficiencia a nivel social que sería preciso evitar y/o corregir.

En el análisis crítico hemos desarrollado que este enfoque no toma en cuenta que en un mercado sin barreras legales, dada la exposición a la que se encuentran sometidas todas las empresas dentro de la compleja red productiva, la posición monopólica o de dominio sólo puede mantenerse satisfaciendo a los consumidores mejor que los competidores actuales y potenciales, de la misma y/o de otras cadenas productivas. Asimismo, esta doctrina deja de lado que cada una de las decisiones de las empresas dominantes continúa generando consecuencias beneficiosas o perjudiciales sobre sus respectivas ventajas empresariales, así como tampoco se tienen presentes los

efectos correctivos de la *competencia potencial*, la *competencia por sustitutos* y la *competencia por dinero*.

Siendo un estado de cosas donde no existe competencia real, el modelo de la CP no resulta ser un *benchmark* apropiado para elaborar una teoría positiva de la competencia ni, por ende, para determinar el carácter anticompetitivo de las conductas materia de los procedimientos del DCP.

CUARTO.- Un estudio más detallado del rol del empresario en la coordinación del proceso competitivo revela que la pretendida función meramente correctiva, técnica e imparcial de la agencia de competencia es un objetivo imposible y falaz del DCP. Hemos argumentado que las decisiones de la agencia de competencia son lógicamente asimilables a las estrategias empresariales privadas, por lo que también forman parte del proceso dinámico e incierto de permanente reasignación de recursos.

5.1. En el proceso competitivo, la labor *interpretativa* de los signos de la estructura productiva actual y la labor *especulativa* de las acciones empresariales no se fundan sobre conocimientos científicos, objetivos o técnicos, sino que se sostienen en última instancia sobre un conjunto de conocimientos inarticulados y subjetivos (juicios de relevancia, juicios de valor, preferencias, expectativas, etc.), cuyo resultado es *contingente* y está sometido en cualquier circunstancia al mecanismo de pérdidas y ganancias.

5.2. Esto se cumple no sólo para las estrategias privadas, sino también, ineludiblemente, para las reasignaciones de recursos que se dan en cumplimiento de las decisiones de la agencia de competencia, de lo que se desprende que éstas carecen de *ventajas cognoscitivas* para identificar las descoordinaciones o situaciones ineficientes mejor que los privados.

RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Dadas las limitaciones de la CP y de los criterios de anticompetitividad desarrollados a partir de ella, la teoría positiva de la competencia debe ser reformulada a fin de que sea compatible con la naturaleza creativa de la acción humana, la incertidumbre y el carácter evolutivo de los procesos sociales. Esto, a su vez, traerá consecuencias en el modo de concebir un sistema de defensa de la competencia.

1.1. En esa línea, en el Capítulo III hemos desarrollado que el proceso competitivo no es un estado de cosas, sino un proceso social dinámico en el cual los empresarios, utilizando sus habilidades interpretativas y especulativas, constantemente descubren descoordinaciones o errores en la estructura productiva de un lugar y tiempo determinados, que para ellos representan oportunidades de creación de beneficios puros y, en consecuencia, actúan reasignando recursos hacia procesos productivos más valiosos y mejor coordinados, con el objeto de aprovechar tales beneficios esperados antes que los demás empresarios, excluyéndolos así de la posibilidad de aprovechar los mismos beneficios. Dada la incertidumbre connatural al mercado, este flujo de acciones competitivas genera un proceso de ensayo y error que revela en la interacción iterativa a aquéllos empresarios cuyos descubrimientos, estrategias y acciones realmente satisficieron a los consumidores, obteniendo los beneficios esperados, de aquéllos otros que no, y sufrieron pérdidas. Subyace a este proceso el descubrimiento permanente de nueva información que torna en “descoordinado” lo que antes era coordinado, o

en “error” lo que antes parecía una estrategia eficiente. El imparable flujo de conocimiento produce constantemente nuevas situaciones de descoordinación o desequilibrio, que para los empresarios perspicaces se manifiestan en nuevas diferencias de precios que explotar.

1.2. Esta teoría de la competencia es positiva en el sentido de que no prescribe cómo *debe* funcionar, sino que explica cómo *efectivamente funciona* un mercado no sujeto a barreras de entrada de origen legal. En esa línea, al reconocer: (i) que todas las acciones competitivas requieren de un permanente flujo de descubrimientos y (ii) que los beneficios puros esperados son rivales pero contingentes, la teoría de competencia presentada incorpora plenamente las nociones de creatividad e incertidumbre de mercado.

1.3. Esta teoría de la competencia no es estática, sino que caracteriza a la competencia como un proceso heurístico de permanente ajuste movido por acciones empresariales. A diferencia del paradigma de la CP, no requiere restringir este flujo de acciones a una porción arbitrariamente definida del mercado (mercado relevante), no establece la pluralidad de competidores directos ni las guerras de precios como requisitos inexorables de la competencia, no se ciñe a una noción restringida de la rivalidad, ni asume que la rentabilidad o las eficiencias son analizables objetivamente fuera de la evaluación discrecional (no articulada) del empresario. Esto último es de la mayor importancia por cuanto gran parte de las decisiones de la agencia de competencia peruana se han basado en la eficiencia social neta de la conducta anticompetitiva denunciada, esto es, en la aplicación –alegadamente técnica- de la regla de la razón.

SEGUNDO.- Una vez adoptada esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que los fundamentos económicos –i.e. consideraciones de eficiencia social- que tradicionalmente justifican la sanción y corrección de las conductas anticompetitivas legalmente previstas en nuestro ordenamiento, así como los criterios de anticompetitividad de las conductas denunciadas, pierden asidero.

Esto es, no es sólo la actuación concreta de la agencia de competencia peruana, sino todo el sistema de represión de conductas anticompetitivas, en cuanto se base en los tradicionales argumentos económicos del paradigma de la CP, lo que resulta infundado.

La importancia de reconocer estos errores radica en que la agencia de competencia peruana, en múltiples oportunidades, ha tendido a sancionar conductas que expresan un genuino proceso competitivo de descubrimiento y ajuste, por considerarlas “anticompetitivas”.

2.1. Al contrario, un sistema de defensa de la competencia concebido desde esta perspectiva debería centrarse en la represión de barreras legales a la entrada (que se sustentan en la fuerza física), mientras deja el proceso de coordinación y ajuste del mercado al ejercicio descentralizado de la función empresarial privada.

2.2. Adoptada esta teoría positiva de la competencia, es posible efectuar una reevaluación acerca de la actuación de la agencia de competencia peruana, pudiendo concluirse que, en su mayoría, sus decisiones no tienden a preservar el proceso competitivo sino a provocar estructuras “competitivas” –cuya noción de competencia viene regida por el paradigma de la CP- o bien resultados de corto plazo considerados más deseables por sus funcionarios.

TERCERO.- Finalmente, esta teoría positiva de la competencia revela las limitaciones cognitivas de la agencia de competencia para dictaminar cuándo estamos ante estrategias empresariales neta y socialmente eficientes y cuándo no, ubicándola en una posición mucho más humilde.

En consecuencia, incluso si la legislación de Libre Competencia se mantuviese vigente, se recomienda que, en aras de la protección del proceso competitivo, la agencia de competencia incorpore la naturaleza dinámica y heurística del proceso competitivo en el análisis de los procedimientos a su cargo y, por

ende, tenga presente sus propias limitaciones frente a la comprensión del mismo en los casos concretos. Tal como ya hemos indicado en el Capítulo IV, uno de los riesgos más importantes generados por la falsa pretensión de tecnicismo, objetividad e imparcialidad de la agencia de competencia consiste en que ésta sancione estrategias empresariales únicamente porque no comprenda enteramente la racionalidad económica de éstas, posea lecturas distintas de los signos del mercado, valore desigualmente estos signos, o tenga expectativas diferentes a aquéllas lecturas, valoraciones y expectativas de las empresas denunciadas.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AAVV. *La evolución de la Libre Competencia en el Perú*. Themis/USAID. Lima, 2004

ADAMS, Walter y BROCK, James W. *Antitrust Economics on Trial: A dialogue on the New Laissez Faire*. Princeton University Press, Princeton, NJ, 1991.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. *Los costes de transacción*. Disponible en: http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/jaar%20-%20Costes.pdf

ANDERSON, William L. *Pounding square pegs into round holes: Another Look at the neoclassical theory of predatory pricing*. En: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 6 Nº 01, Primavera 2003, Págs. 23-40.

ANDERSON, William L. *Profits and High Prices: More economic nonsense*, disponible en: www.mises.org. Mises Daily Article, postado el 14 de noviembre de 2005.

ANDERSON, William L. y ROSS, Ronald L. *The methodology of profit maximization: an Austrian perspective* The Quarterly Journal of Austrian Economics, Vol. 08 N° 05, Invierno 2005, Págs. 31-44.

AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases*. Aspen Law & Business. Nueva York, 1997.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 1era. Edición, ARA Editores. Lima, 2004.

ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust Reform: predatory practices and the competitive process*. En: The Review of Austrian Economics. Vol. 3 N° 01, Págs. 227 y ss.

ARMENTANO, Dominick T. *A Critique of Neoclassical and Austrian monopoly theory*. En: SPADARO, Louis (Editor): *New Directions in Austrian Economics*. Sheed Andrews and McMeel, Kansas, 1978. Disponible en: <http://oll.libertyfund.org/title/106>. Visitado el 10 de enero de 2008.

ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust and Monopoly: Anatomy of a Policy Failure*. The Independent Institute. 2da. Edición, Oakland, CA, 1990.

ARMENTANO, Dominick T. *The Anatomy of Antitrust* (1998). Entrevista disponible en: http://mises.org/journals/aen/aen18_3_1.asp

ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust: The Case for Repeal*. The Ludwig von Mises Institute. Auburn, Alabama, 1999.

BARRY, Norman. *The Tradition of Spontaneous Order*. Disponible en The Library of Economics and Liberty (visitado el 28 de diciembre de 2008): <http://www.econlib.org/library/Essays/LtrLbrty/bryTSO.html>

BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo. *¿Puede la intervención estatal ser justificada científicamente? Una crítica*. En: Revista Procesos de Mercado. Vol. II, Nº 01, Primavera 2005. Págs. 11-51.

BLOCK, Walter. *Austrian Monopoly Theory - A Critique*. En: Journal of Libertarian Studies Vol. I. No. 4. (1977) Págs. 271-279

BLOCK, Walter. *Total repeal of Antitrust Legislation: A critique of Bork, Brozen and Posner*. En: The Review of Austrian Economics. Volumen 8 No. 01 (1994)

BLOCK, Walter. *Realism: Austrian vs. Neoclassical Economics, Reply to Caplan*. En: The Quarterly Journal of Austrian Economics, Vol. 6 No. 3, Otoño 2003, Pág. 63-76

BLOCK, Walter. *Rejoinder to Hoppe on indifference*. En: The Quarterly Journal of Austrian Economics. Vol. 12 Nº 01 (2009).

BLUME ROCHA Aldo. *Perspectivas y precisiones del Derecho de la Competencia: Entrevista a Juan Francisco Rojas Leo*. En: Revista Derecho & Sociedad, Año 18, Nº 28 (2007).

BODREAUX, Donald J. y DiLORENZO, Thomas J. *The protectionist roots of Antitrust* En: The Review of Austrian Economics, Vol. 6, Nº 2, 1993. Págs. 81-96.

BOETTKE, Peter J. *What is wrong with neoclassical economics (and still wrong with Austrian economics)* En: FOLDVARY, Fred (Editor): *Beyond neoclassical economics: Heterodox approaches to economic theory*, Edward Elgar Publishing, Chentelham, UK, 1996.

BORK, Robert. *The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself*. The Free Press, New York, NY, 1993 (Edición Original: Basic Books Inc., 1978).

BOYD, David W. *Vertical restraints and the retail free riding problem: An Austrian perspective*. En: *The Review of Austrian Economics*, Vol. 09, N° 01 (1996) Págs. 119-134.

BRÄTLAND, John. *Contestable market theory as a regulatory framework: an Austrian postmortem*. En: *The Quarterly Journal of Austrian Economics* Vol. 7, N° 03 (Otoño 2004) Págs. 3-28.

BROZEN, Yale. *Concentration, Mergers and Public Policy*. MacMillan Publishing Co. Inc., New York, 1982.

BULLARD GONZALES, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores, Lima, 2006.

CÁCERES FREYRE, Fernando. *El por qué de la política de libre competencia*. En: *Revista Derecho y Sociedad* N° 19. Págs. 89-103.

CÁCERES FREYRE, Fernando. *Looking backward, Thinking forward: Should distributive concerns count in Competition Law?* En: *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual* N° 03. INDECOPI.

CACHANOSKY, Juan Carlos. *La Escuela Austriaca de Economía*. Disponible en (Visitado el 28 de diciembre de 2009): <http://www.hacer.org/pdf/cacha.pdf>

CALLAHAN, Gene. *Economics for Real People. An Introduction to the Austrian School*. The Ludwig von Mises Institute, Auburn, AL, 2002.

CALLAHAN, Gene. *Oakeshott and Mises on Understanding Human Action*. En: *The Independent Review*, Vol. X, N° 02 (Otoño 2005) Págs. 231-248.

CAPLAN, Bryan. *Why I am not an Austrian economist?* Disponible en (Visitado el 28 de diciembre de 2009): <http://economics.gmu.edu/bcaplan/whyaust.htm>

CAPLAN, Bryan. *Probability, Common Sense, and Realism: A Reply to Hülsmann and Block*. En: *The Quarterly Journal of Austrian Economics* Vol. 4 N° 02 (Verano 2001) Págs. 69-86.

COLOMA, Germán. *Defensa de la competencia*. Ciudad Argentina, Buenos Aires. 2003.

COLOMA, Germán. *Regulación del poder de mercado*. En: *Materiales de Lectura del Curso de Derecho de la Competencia UNMSM* (2006).

COLOMA, Germán. *La ley argentina de defensa de la competencia*. Disponible en:

<http://www.aaep.org.ar/anales/works/works1997/coloma.pdf> (Visitada el 15 de septiembre del 2008)

COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México, 1998.

CORDATO, Roy. *The Austrian theory of efficiency and the role of government*. En: *The Journal of Libertarian Studies*, Vol. IV, N° 04 (Otoño 1980) Págs. 393-403.

COSTEA, Diana. *A Critique of Mises's Theory of Monopoly*. En: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 6 N° 03 (Otoño 2003) Pág. 47-62.

DE LEON, Ignacio. *An Institutional Assesment of Antitrust Policy. The Latin American Experience*. Kluwer Law International. Países Bajos, 2009.

DE MOLINA, Luis. *Teoría del precio justo*. Ensayo clásico reimpresso en: *Revista de Economía y Derecho*, N° 09 (Verano 2006).

DE ROOVER, Raymond. *La teoría del monopolio antes de Adam Smith. Una revisión*. En: *Revista de Estudios Públicos* N° 25, 1987.

DEBREU, Gerard. *The Mathematization of Economic Theory*. En: American Economic Review, Volumen 81 N° 1 (1991)

DIEZ CANSECO NUÑEZ, Luis José y PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique. *El excesivo precio de una resolución impredecible. A propósito del caso de las AFP*. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia, N° 71, Gaceta Jurídica, Lima, Agosto, 2004. Pág. 51-62.

DIEZ CANSECO NUÑEZ, Luis José y PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique. *Precios excesivos. Una mirada a la luz del Derecho Comparado*. En: Revista Advocatus Nueva Época N° 10 (2004).

DiLORENZO, Thomas J. *Antitrust. Cato Handbook for Congress: Policy Recommendations for the 105th Congress*. Capítulo 39, disponible en www.cato.org. Visitado el 17 de enero de 2007.

DiLORENZO, Thomas J. *Competition and Political Entrepreneurship: Austrian Insights into Public-Choice Theory*. Disponible en: http://mises.org/journals/rae/pdf/rae2_1_3.pdf (Visitada el 01 de febrero de 2008)

DiLORENZO, Thomas J. *The Antitrust Economists' Paradox*. Disponible en: www.mises.org. Visitado en noviembre de 2007.

DiLORENZO, Thomas J. *The case against all Antitrust Legislation*. Clase Magistral disponible en (Visitado el 28 de Diciembre de 2009): <http://mises.org/media.aspx?action=author&ID=425>

EGGER, John B. *The Austrian Method*. En: SPADARO, Louis (Editor): *New Directions in Austrian Economics*. Sheed Andrews and McMeel, Kansas, 1978. Libro disponible en: <http://oll.libertyfund.org/title/106> (Visitado el 10 de enero del 2008)

ELZINGA, Kenneth G. *Industrial Organization and Human Action*. En: Cato Journal Vol. 19 N° 02 (Otoño 1999).

EPSTEIN, Richard. *Hayek y el conocimiento local: una advertencia*. En: Revista de Economía y Derecho, N° 09 (Verano 2006) Sociedad de Economía y Derecho (Publicado originalmente en la revista The New York Journal of Law & Liberty Vol 1)

EPSTEIN, Richard. *¿Dominio monopólico o competencia en igualdad de condiciones?: La nueva paradoja de la libre competencia*. En: Revista Ius et Veritas N° 30 (junio 2005) Págs. 21-39.

EVANS, David. *La defensa de la competencia vista desde el otro lado del Atlántico*. En: Materiales de Lectura del Curso de Derecho de la Competencia UNMSM (2006).

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, DECRETO LEGISLATIVO N° 807. En: Libre Competencia: Legislación y Jurisprudencia. 1o. Edición. Ministerio de Justicia. Lima, 1996

FERNANDEZ BACA, Jorge. *Organización industrial*. Universidad del Pacífico, 1era. Edición. Lima, 2006.

FIGARI, Hugo; GÓMEZ, Hugo; ZÚÑIGA, Mario. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Año 01 N° 01. INDECOPI, Lima, 2005.

FLINT, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2002.

GAGLIUFFI PIERCECHI, Ivo. *Derecho de la Competencia: Acerca del reciente criterio del INDECOPI sobre precios excesivos*. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia, N° 71, Gaceta Jurídica, Lima (Agosto 2004) Pág. 63-79.

GOLDBERG, Victor P. *Featuring The Three Tenors in La Triviata*. En: Review of Law & Economics. Vol. 1 N° 01 (2005).

GOMEZ APAC, Hugo; y ZÚÑIGA PALOMINO, Mario. *Propiedad, libertad de contratación y libre competencia*. En: Revista de Economía y Derecho, Otoño 2005, Pág. 93 y ss.

GORDON, David. *An Introduction to Economic Reasoning*. The Ludwig von Mises Institute. Auburn, AL 2000.

GREENSPAN, Alan. *Antitrust*. En: RAND, Ayn (Compiladora) *Capitalism: The unknown ideal*. Signet, New York, 1986 (Originalmente publicado por New American Library, 1967).

GUILLORY, Gil. *What are you calling a failure?* Disponible en www.mises.org. Artículo diario, posteo el 05 de mayo de 2005.

HARDIN, Russell. *How do you know? The Economics of Ordinary Knowledge*. Princeton University Press. Princeton, NJ, 2009.

HARO SEIJAS, José Juan. *Contra los excesos de la regulación económica: Sobre los monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas*. En: Revista THEMIS No. 50. Pág. 151-167.

HAYEK, Friedrich A. *Competition as a discovery procedure*. En: The Quarterly Journal of Austrian Economics. Vol. 05 N° 03 (Otoño 2003) Pág. 09-23 (Discurso original en 1968).

HAYEK, Friedrich A. *Individualism and Economic Order*. Routledge & Kegan Paul Ltd. Londres, 1949.

HAYEK, Friedrich A. *Introducción*. En: MENGER, Carl. *Principios de Economía Política*. Disponible en (Visitado el 28 de noviembre de 2007): <http://www.eumed.net/cursecon/textos/menger/introduccion.htm>

HAYEK, Friedrich A. *La pretensión del conocimiento*. Discurso con ocasión de haber sido galardonado con el Premio Nobel de Economía en 1974. Disponible en Revista de Economía y Derecho. Vol. 2, N° 08 (Primavera 2005) Pág. 101 y ss.

HAYEK, Friedrich A. *The theory of complex phenomena*. En: BUNGE, Mario (Editor): *The Critical Approach to Science and Philosophy*. Collier McMillan, Londres, 1964. Págs. 332-349

HAYEK, Friedrich A. *The Road to Serfdom*. The University of Chicago Press. Chicago, 1994 (Edición 50mo. Aniversario).

HOPPE, Hans-Hermann. *Economic Science and the Austrian Method* The Ludwig von Mises Institute. Auburn, AL 1995.

HOPPE, Hans-Hermann. *In defense of extreme rationalism: Thoughts on Donald McCloskey's The Rethoric of economics*. En: The Review of Austrian Economics. Vol. 3 No. 01. Pág. 179-214.

HOPPE, Hans Hermann. *Must Austrians embrace indifference?* En: The Quarterly Journal of Austrian Economics. Vol. 8 N° 04 (Invierno 2004).

HOPPE, Hans-Hermann. *The Economics and Ethics of Private Property. Studies in Political Economy and Philosophy*. 2da. Edición. The Ludwig von Mises Institute. Auburn, AL, 2006.

HOPPE, Hans-Hermann. *The Justice of Economic Efficiency*. En: Austrian Economics Newsletter, Vol. 09 N° 02 (Invierno 1988) The Ludwig von Mises Institute.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Hornbook Series, West Group. St. Paul, MINN, 1999.

HUERTA DE SOTO, Jesús. *Teoría de la eficiencia dinámica*. En: *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, Vol. 1 N° 01 (Primavera 2004) Págs. 11-71.

HUERTA DE SOTO, Jesús. *Estudios de Economía Política*. 2da. Edición, Unión Editorial, Madrid, 2004.

HUERTA DE SOTO, Jesús. *Socialismo, Cálculo económico y Función empresarial*. 3era. Edición, Unión Editorial, Madrid, 2005.

HUERTA DE SOTO, Jesús. *Nuevos Estudios de Economía Política*. 2da. Edición, Unión Editorial, Madrid, 2007.

HUERTA DE SOTO, Jesús. *La Escuela Austriaca. Mercado y Creatividad Empresarial*. Editorial Síntesis, Madrid. Serie: Historia del Pensamiento Económico N° 10.

HÜLSMANN, Jörg Guido. *Economic Science and Neoclassicism*. En: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*. Vol. 2 No. 4 (Invierno 1999) Pág. 03-20.

JANKOVIC, Ivan. *Antitrust does not protect competition: A critique of the proposed Antitrust regulation in Serbia*. Working Paper, disponible en: <http://mises.org/journals/scholar/Jankovic.pdf> (Visitado el 20 de diciembre de 2007)

JIMÉNEZ LATORRE, Fernando; y CAÑIZARES PACHECO, Enrique. *Dificultades para la definición del mercado relevante*. En: MARTINEZ LAGE, Santiago y AMADEO PETITBO, Juan (Directores). *El Abuso de la Posición de Dominio*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2006.

KIM, Yumi. *Is the Vitamin Cartel a threat? A case study of Antitrust Failure*. Disponible en: www.mises.org Artículo diario, posteado el 19 de junio de 2007.

KIP VISCUSI, W.; HARRINGTON, Joseph E. Jr; y VERNON, John M. *The Economics of Regulation and Antitrust*. 4ta. Edición. The MIT Press. Cambridge MA, 2005.

KIRZNER, Israel. *Equilibrium versus Market Process* En: DOLAN, Edwin G. (Editor): *The Foundations of Modern Austrian Economics*. Sheed and Ward Inc. Kansas City, 1976.

KIRZNER, Israel. *The Austrian approach to competition*. Clase Magistral de fecha 03 de junio de 1978. Audio disponible en: <http://mises.org/media.aspx?action=author&ID=178>

KIRZNER, Israel. *Economics and error*. En: SPADARO, Louis (Editor): *New Directions in Austrian Economics*. Sheed Andrews and McMeel, Kansas, 1978. Disponible en (Visitado el 10 de enero de 2008): <http://oll.libertyfund.org/title/106>

KIRZNER, Israel. *Creatividad, Capitalismo y Justicia Distributiva*. Unión Editorial, Madrid, 1995 (Traducción de Federico Basáñez Agarrado).

KIRZNER, Israel. *El significado del proceso de mercado*. En: Revista Libertas No. 27 (Octubre 1997) Instituto Universitario ESEADE.

KIRZNER, Israel. *Competencia y empresarialidad*. 2da. Edición. Unión Editorial. Madrid 1998.

LACHMANN, Ludwig. *On the central concept of Austrian Economics: Market Process*. En: DOLAN, Edwin G. (Editor). *The Foundations of Modern Austrian Economics*. Sheed and Ward Inc. Kansas, 1976.

LACHMANN, Ludwig. *Capital, Expectations and the Market Process: Essays on the Theory of the Market Economy*. Sheed Andrews and McMeel. Kansas City, 1977.

LeFREVRE, Robert. *The Fear of Monopoly*. Ponencia realizada el 02 de marzo de 2004, disponible en:

<http://mises.org/media.aspx?action=search&q=FEAR OF MONOPOLY>

LEVY, Robert A. *Antitrust. Cato Handbook for Congress: Policy Recommendations for the 108th Congress*. Capítulo 38. Disponible en www.mises.org. (Visitado el 14.01.2008)

LITTLECHILD, S.C. *The problem of social cost*. En: SPADARO, Louis (Editor): *New Directions in Austrian Economics*. Sheed Andrews and McMeel, Kansas, 1978. Disponible en (Visitado el 10 de enero de 2008):

<http://oll.libertyfund.org/title/106>

LONG, Roderick T. *Realism and Abstraction in Economics: Aristotle and Mises versus Friedman*. Working Paper, disponible en (Visitado el 24 de octubre de 2006): <http://mises.org/journals/scholar/long3.pdf>

MackENZIE, D.W. *The market failure myth*. Daily Article, disponible en la pagina web del Instituto Ludwig von Mises: www.mises.org Posteadó el 26 de agosto de 2002.

MAHOVEC, Frank M. *Mises, monopoly and the market process*. En: *Cato Journal*, Vol. 19, N° 02 (Otoño 1999).

MARKOVITS, Richard S. *On the inevitable Arbitrariness of Market definitions*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=135991> (Visitado el 17 de marzo de 2009)

MENGER, Carl: *Investigations into the Method of the Social Sciences with special reference to Economics*. [1883] New York University Press (Traducción de Francis J. Nock). Nueva York y Londres, 1985.

MILL, John Stuart. *Essays on some unsettled questions of Political Economy*. Segunda Edición, Batoche Books. Kitchener, 2000 (Edición original: John W. Parker. Londres, 1844).

MISES, Ludwig von. *Teoría e Historia. Una interpretación de la evolución social y económica*. Traducción de Juan Marcos de la Fuente. Unión Editorial. Madrid, 2003.

MISES, Ludwig von. *Money, method and the market process*. MISES, Margit von (Compiladora) y EBELING, Richard (Editor). Kluwer Academic Publishers, Norwell, MA, 1990.

MISES, Ludwig von. *La Acción Humana. Tratado de Economía*. 8va. Edición, Unión Editorial. Madrid, 2007. Traducción de Joaquín Reig Albiol (Edición original: *Human Action: A Treatise on Economics*. Yale University Press, New Haven, 1949).

MISES, Ludwig von. *Monopoly prices*. En: *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 01 Nº 02 (Verano 1998) Págs. 1-28.

MURIS, Timothy J. *A response to Professor Goldberg: An Anticompetitive restraint by any other name*. George Mason Law & Economics Research Paper No. 05-05. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=681416> or doi:10.2139/ssrn.681416.

MURPHY, Robert P. *Austrian versus Neoclassical Analytics*. Clase Magistral dictada el 31 de Julio de 2007, durante el MISES UNIVERSITY 2007 en el Instituto Ludwig von Mises. Disponible en: <http://mises.org/media.aspx?action=search&q=murphy>

NERI, Massimiliano. *Suffering at the Hands of EU Antitrust Police*. Disponible en www.mises.org. Mises Daily Article, postado 01 de octubre de 2007.

NODA YAMADA, Carlos Ramón. *La represión del abuso de posición de dominio en el mercado en el Derecho peruano*. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia No. 71, Gaceta Jurídica, Lima, Agosto, 2004. Pág. 81-96.

O'DRISCOLL, Gerald P. Jr. *Economics as a coordination problem: The contributions of Friedrich A. Hayek*. Sheed Andrews and McMeel, Inc. Kansas, 1977.

O'DRISCOLL, Gerald P. Jr. *Spontaneous order and the coordination of economic activities*. En: SPADARO, Louis (Editor): *New Directions in Austrian Economics*. Sheed Andrews and McMeel, Kansas, 1978. Disponible en (Visitado el 10 de enero de 2008): <http://oll.libertyfund.org/title/106>

PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. *Negativas a contratar, signos distintivos y la "Guerra de las botellas"*. En: Diálogo con la Jurisprudencia Año 10 N° 70. Págs. 43 y ss.

PAZOS, Luis. *Lógica Económica*. Diana, México, 1999.

PÉREZ TAMAYO, Ruy. *¿Existe el método científico? Historia y realidad*. Fondo de Cultura Económica. México, 2003.

PODOLNY, Joel M. *Market uncertainty and the social character of economic exchange*. En: *Administrative Science Quarterly* (Septiembre 1994). Disponible en (Visitada el 11 de marzo de 2009): http://findarticles.com/p/articles/mi_m4035/is_n3_v39/ai_16565002/

POLANYI, Michael. *The study of man*. The University of Chicago Press. Chicago, 1959.

POLANYI, Michael. *Personal knowledge. Towards a Post Critical Philosophy*. The University of Chicago Press. Chicago, 1974.

POSNER, Richard. *Antitrust Law. An Economic Perspective*. The University of Chicago Press. Chicago, 1976.

POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 1998 (Reimp. 2000).

REISMAN, George. *Capitalism*. Jameson Books. Ottawa, IL, 1998.

REISMAN, George. *Platonic competition*. Disponible en: www.mises.org. Daily Article, postado el 20 de diciembre de 2005.

RIZZO, Mario J. *Praxeology and econometrics: A critique of positive economics*. En: SPADARO, Louis (Editor): *New Directions in Austrian Economics*. Sheed Andrews and McMeel, Kansas, 1978. Disponible en (Visitado el 10 de enero de 2008): <http://oll.libertyfund.org/title/106>

RIZZO, Mario J. *Disequilibrium and all that: an introductory essay*. En: RIZZO, Mario J. (Editor): *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Exploration of Austrian Themes*. Lexington Books. Lexington, MA, 1979.

RIZZO, Mario J. *Uncertainty, subjectivity, and the Economic Analysis of Law*. En: RIZZO, Mario J. (Editor): *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Exploration of Austrian Themes*. Lexington Books. Lexington, MA, 1979.

ROCKEFELLER, Edwin S. *The Antitrust Religion*. CATO Institute. Washington D.C., 2007.

ROJAS LEO, Juan Francisco. *El abuso de posición de dominio en el mercado en la legislación nacional*. Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Año 01 N° 01. INDECOPI, Lima, 2005.

ROTHBARD, Murray N. *In defense of extreme apriorism*. Disponible en: <http://mises.org/rothbard/extreme.pdf> (Visitado el 20 de mayo 2005).

ROTHBARD, Murray N. *Praxeology: Reply to Mr. Schuller*. En: Revista American Economic Review, Diciembre 1951. Págs. 943-946.

ROTHBARD, Murray N. *Man, Economy and State*. The Ludwig von Mises Institute, Auburn, AL, 2001 (Edición original William Volker Fund, 1962).

ROTHBARD, Murray N. *Praxeology, Value Judgements and Public Policy*. En: DOLAN, Edwin G. (Editor): *The Foundations of Modern Austrian Economics*. Sheed and Ward Inc. Kansas, 1976.

ROTHBARD, Murray N. *The Myth of Efficiency* En: RIZZO, Mario J. (Editor): *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Exploration of Austrian Themes*. Lexington Books. Lexington, MA, 1979. Traducción al español disponible en: <http://mises.org/rothbard/eficiencia.pdf> (Visitado el 30 de agosto de 2009)

ROTHBARD, Murray N. *Power and Market: Government and the Economy*. Cuarta Edición. The Ludwig von Mises Institute. Auburn, AL, 2006.

RUIZ, Gonzalo. *Definición de Mercado relevante y políticas de competencia*. En: Revista THEMIS 47.

SCHMALENSEE, Richard. *Sunk costs and Antitrust Barriers to Entry*. En: American Economic Review, American Economic Association. Vol. 94, Nº 02. Pág. 471 (Mayo 2004).

SELGIN, George A. *Praxeology and Understanding*. The Ludwig von Mises Institute, Auburn, AL, 1990.

SENHOLZ, Hans F. *The phantom called "monopoly"* En: GREAVES, Bettina Bien (Editora): *Free market economics: A basic reader*. Foundation for Economic Education, Inc. New York, 1975. Pág. 162-164.

SHAPIRO, Milton. *Foundations of the market-price system*. University Press of America, Inc. Lanham, MD, 1985

SHMANSKE, Stephen. *The Monopoly Nonproblem. Taking Price Discrimination seriously*. The Independent Review. Vol. X, Nº 03, Invierno 2005. Págs. 337-350.

SMITH, Fred L. Jr. *The case for repealing the antitrust regulations*. Disponible en la página web del Competitive Enterprise Institute: www.cei.org (Visitado el 07 de enero de 2008)

SOLA, Juan Vicente. *Metodología de la economía positiva, los limites de la predicción*. En: Revista Libertas XIII, 45. Argentina, 2006.

STALEBRINK, Odd J. *The Hayek and Mises Controversy: Bridging differences*. En: The Quarterly Journal of Austrian Economics, Vol. 7, Nº 01 (Primavera 2004) Págs. 27-38.

STENBORG, Markku. *Do we need competition policy in the "New Economy"?* Disponible en (Visitado el 29 de marzo de 2009):
http://www.etla.fi/files/921_FES_02_2_competition_policy.pdf

SULLIVAN, Lawrence A.; y GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. West Publishing Company, 2006.

TAMAGNO, Roberto. *Voz: Mercado (libertad de)* En: Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XIX, Driskill, Buenos Aires, 1979. Págs. 592 y ss.

TOVAR MENA, Teresa. *Derecho de la competencia y telecomunicaciones*. ARA Editores, Lima, 2006.

WHITE, Lawrence. *Market definition in monopolization cases: a paradigm in missing*. A publicarse en: COLLINS, Wayne D. *Issues in Competition Law and Policy*. Disponible provisionalmente en:

http://preprodpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852844 (Visitada el 08 de abril de 2009)

WHITE, Lawrence J. *The Role of Competition Policy in the Promotion of Economic Growth*. Working Paper, New York University Law and Economics (Paper N° 132), 2008. Disponible en (Visitado el 28 de diciembre de 2009):

<http://w4.stern.nyu.edu/emplibrary/competition%20policy%20and%20growth.ljw%20draft%203-30-08.pdf>

WRIGHT, Joshua D. *Singing Alone: A Comment on Goldberg and Muris on the Three Tenors*. En: *Review of Law and Economics*. Vol. 1 N° 3, (Diciembre de 2005)

ZANOTTI, Gabriel J. *La Metodología de Friedman y una consecuencia importante para la Escuela Austriaca de Economía*. En: *La Escuela Austriaca en el Siglo XXI*. Revista Digital N° 08 (2008) P. 18.

ZERBE Jr., Richard O. y McCURDY, Howard. *The End of Market Failure*. En: *Regulation*. Volumen 23, N° 02. Págs. 10 y ss.

ZÚÑIGA PALOMINO, Mario. *El "deber de transmitir señales" en el mercado de televisión por cable ¿Promoviendo la competencia o el free riding?*. En: *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*. Año 02 N° 03. INDECOPI, Lima, 2006.

ZÚÑIGA PALOMINO, Mario. *Lo bueno, lo malo y lo feo de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo N° 183. Febrero 2009. Págs. 302 y ss.