

Hacia una Nueva Ley de Competencia: Algunos Comentarios sobre la Reforma

Entrevista al Dr. Alejandro Falla Jara*

Por: Jean Paul Pinto Barrios
Lucía Alejandra Guzmán Estrada**

Resumen:

La presente entrevista busca dar algunos puntos de vista respecto a la reforma a la Ley de Competencia. En esa línea, el entrevistado nos da su opinión general sobre la reforma, los aportes que brinda y aquellos aspectos que considera faltaron regularse, centrandose en aquellos temas de combate de prácticas anticompetitivas y control de regulaciones anticompetitivas.

Palabras clave:

Competencia – Barreras burocráticas – Prácticas anticompetitivas – Cártel – Colaboración eficaz

Abstract:

The present interview seeks to give some points of view about the reform of Competency regulation. In that line, the interviewee give us his general opinion about the reform, the main contribution to the matter and those aspects that were missed, focusing his opinion on anti-competitive practice and negative regulation of anticompetitive practices.

Keywords:

Competency – Bureaucratic barriers – Anti-competitive practices – Cartel – Efficient collaboration

* Máster en Regulación por el London School of Economics and Political Sciences, Reino Unido, con estudios superiores en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experiencia en las áreas de Derecho de la Competencia, Regulación Económica, Regulación en Telecomunicaciones, Energía y Transporte, Responsabilidad Civil Extracontractual, Contratos y Arbitraje. Profesor de Derecho de la Competencia y Regulación en universidades nacionales e internacionales. Ha ocupado cargos directivos en diversos organismos de regulación del Estado, además de ser miembro del Gabinete de Asesores del Ministerio de Economía y Finanzas en el año 2001, entre otros puestos de importancia.

** Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y actuales miembros de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Derecho & Sociedad. Se agradece el apoyo de Alejandro Moscol Salinas, docente de la Facultad de Derecho de la PUCP, por el apoyo brindado en la elaboración de la presente entrevista.

1. ¿Cuál es su opinión general del anteproyecto de la Nueva Ley de Competencia?

Lo primero que hay que destacar es que se trata de una propuesta que ha sido pre publicada para comentarios. De esta forma aquellos que están interesados en esta materia (locales y extranjeros) han podido conocer la propuesta y han podido hacer aportes a la misma. Esto es positivo. Actualmente el Ejecutivo tiene facultades delegadas y es bastante probable que mucha de la legislación que termine siendo aprobada no habrá pasado por un proceso similar.

Lo segundo que conviene mencionar es que es una propuesta de alcance limitado. No es una propuesta que busca refundar la regulación de Competencia, sino que es una reforma parcial. Se busca hacer ajustes en determinados aspectos de la Ley vigente.

En cuanto a su contenido, el proyecto está focalizado en el combate a las prácticas anticompetitivas más serias (carteles) y en las regulaciones anticompetitivas generadas por o desde el Estado.

Respecto de lo primero lo que se está buscando es mejorar los mecanismos para facilitar la detección y sanción de carteles, vía la mejora de la “colaboración eficaz” por ejemplo.

Respecto de lo segundo, lo que busca el proyecto es mejorar el instrumento que tiene INDECOPI para combatir normas que afectan directa o indirectamente la competencia. Hasta la fecha, INDECOPI se limita a hacer un informe o una recomendación a la autoridad responsable para que ajuste o elimine una regulación, en caso detecte que dicha regulación interfiere o distorsiona la competencia en un mercado. La propuesta busca darle un poco de ‘dientes’ al INDECOPI al forzar a las autoridades involucradas a reaccionar frente a la observación hecha por INDECOPI. De aprobarse el proyecto, las autoridades involucradas deberán contestar a la observación formulada dentro de un plazo determinado.

Es positivo que INDECOPI se preocupe no sólo de las prácticas anticompetitivas generadas por quienes participan en el mercado, sino también por las distorsiones generadas por el propio Estado a través de las regulaciones que el propio Estado establece. Probablemente el Estado y sus regulaciones constituyen la principal fuente de distorsiones de la competencia en los mercados. Y ello no necesariamente por el sobredimensionado fantasma de la “captura” de la regulación o de los reguladores por ciertos agentes que buscan utilizar la regulación para proteger sus intereses en contra

de nuevos competidores (colocando nuevas y altas barreras de acceso al mercado, por ejemplo). La regulación se convierte en un obstáculo a la competencia básicamente por la forma y procesos a través de los cuales se crean regulaciones: nadie se pone a pensar antes de emitir una nueva regulación, los efectos que esta tendrá en la competencia en el mercado afectado; no se hace un análisis previo del impacto de la regulación; no se hace un análisis ex ante costo beneficio de la regulación que se piensa o planea introducir en un mercado. Esto nos lleva frecuentemente a que sin haberlo planeado, se aprueben regulaciones que terminan distorsionando la competencia en los mercados, sea porque otorgan ventajas a un competidor sobre otro, o porque se establecen requisitos que impactan de manera diferente en los agentes que compiten en un mismo mercado.

Hace bien INDECOPI en apuntar en esa dirección. Lamentablemente el mecanismo que se está proponiendo (forzar una respuesta de la autoridad involucrada a la propuesta formulada por el INDECOPI) no tiene mucho filo. En la propuesta se le da un plazo al funcionario a cargo de la regulación cuestionada por INDECOPI para emitir un informe respondiendo o atendiendo a las preocupaciones de esta entidad, “bajo responsabilidad”. Este ‘bajo responsabilidad’ no significa nada, es un saludo a la bandera. Si el funcionario no contesta a INDECOPI es poco probable que le pase algo. Es probable que estén acostumbrados a no atender requerimientos “bajo responsabilidad”. Lo peor es que pueden emitir un informe respondiendo al de INDECOPI, haciendo lo mismo que hacen los congresistas para cumplir con la necesidad de incluir en sus proyectos un análisis costos beneficio del impacto de su propuesta: un saludo a la bandera. El mecanismo que se está poniendo no tiene ‘dientes’.

Pero hay una forma a través de la cual podría dársele ‘dientes’, y es a través de otro brazo que tiene INDECOPI, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. Esta comisión está focalizada en las conductas desarrolladas por el Estado que le complican innecesariamente la vida a quienes participan en los mercados. Lo que podría hacerse es que las recomendaciones hechas por la Comisión de Libre Competencia, sean puestas en conocimiento de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, quien debería iniciar de oficio una investigación, una evaluación de la regulación cuestionada por su impacto negativo en la competencia. En ese proceso, la autoridad involucrada (la que emite la regulación cuestionada) tendrá que participar y acreditar que su regulación no tiene un impacto negativo en la competencia o si teniéndolo ello se justifica por alguna razón. Si no cumple con acreditarlo, la regulación será declarada ineficaz y lo ideal es

que sea declarada ineficaz con efectos generales. INDECOPI tiene a la mano este mecanismo para combatir ese tipo de regulaciones. Perú es un caso raro. Hemos inventado un mecanismo administrativo para controlar al propio Estado -el control de barreras burocráticas-. Esto no existe en ningún otro país, ni México, ni Brasil, ni siquiera Estados Unidos tiene algo que se le parezca. Nosotros lo hemos creado y funciona, pero podría ser potenciado y aprovechado para el caso de las regulaciones anticompetitivas.

Lamentablemente, la propuesta va por otro camino. Se le pide a la autoridad que emita un informe 'bajo responsabilidad'. La reforma propuesta ignora el mecanismo de control de barreras burocráticas. Se podría potenciar el instrumento de los estudios de mercado realizados por INDECOPI para identificar regulaciones anticompetitivas, vinculándolo directamente con los procesos aplicados por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. A grandes rasgos la propuesta de INDECOPI, me parece positiva ya que busca atender a las prácticas que generan más distorsiones en la competencia: los carteles y las regulaciones anticompetitivas.

2. ¿Cuáles son los principales aportes que brinda el anteproyecto de esta ley?

Como ya mencioné, lo que hace es mejorar la regulación de los mecanismos para detectar y sancionar carteles. Se propone adoptar buenas prácticas internacionales en materia de "colaboración eficaz" -que yo llamo el mecanismo 'Pinchi Pinchi'-. Con este tipo de mecanismo se busca enfrentar la dificultad de las autoridades para detectar carteles: cada día se sofistican más y buscan cubrir mejor los rastros de su conducta. ¿Cómo enfrentar ese problema? Buscando que alguien que ha formado parte del acuerdo lo delate a la autoridad, a cambio de inmunidad o reducción en las sanciones que le sean aplicables. Nosotros tenemos ese mecanismo desde el año 1996, pero la regulación de esta figura tiene muchos vacíos que probablemente desincentiva su uso por los potenciales interesados. Lo que está haciendo el INDECOPI en esta reforma es recoger las buenas prácticas que existen a nivel internacional en materia de regulación de este tipo de mecanismo. Esto podría servir para hacer más atractivo y seguro este tipo de mecanismo, y de esta forma facilitar la detección y sanción de los carteles.

Adicionalmente el proyecto propone mejorar la regulación del compromiso de cese, que es un mecanismo que permite cerrar una investigación en el corto plazo permitiendo a la autoridad establecer medidas de conducta y de tipo correctivo o reparador a cargo de las empresas que planteen este tipo de compromiso. ¿Cómo

funciona esto? INDECOPI abre una investigación y la empresa investigada antes de entrar a la pelea o al cuestionamiento de la imputación le dice a INDECOPI "cerremos esto sin que te pronuncies sobre el fondo y yo me comprometo a dejar de hacerlo y a implementar medidas las cuales incluso pueden beneficiar a los afectados por la conducta que me estas cuestionando". Si aprueba el compromiso -aquí hay una negociación de por medio- INDECOPI establece supervisa el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la empresa. Sólo si los compromisos son satisfechos dentro del periodo pactado, la investigación concluye sin un pronunciamiento sobre la conducta inicialmente imputada y sin sanción para la empresa investigada.

Este mecanismo se ha usado poco en el pasado, pese a que se encuentra vigente casi desde el origen de la Ley de competencia en el Perú. Las condiciones requeridas para hacer uso del mecanismo -que implicaban el reconocimiento de la infracción, por ejemplo- no la hacían atractivo. La propuesta de INDECOPI busca hacer más atractivo este tipo de mecanismo.

3. ¿Qué aspectos le parece que faltaron regular dentro de los temas que fueron abordados dentro de la propuesta?

Respecto de lo que está contenido en la propuesta, hay aspectos que no han sido considerados. En lo que se refiere al mecanismo para combatir las regulaciones anticompetitivas, ya mencioné la falta de consideración del mecanismo de control de barreras burocráticas para atender ese tipo de problemas.

En cuanto al mecanismo "Pinchi Pinchi" o de colaboración eficaz, hay cosas que pudieran haberse pensado mejor. Por ejemplo, las empresas que quieran recurrir a este mecanismo y que cotizan en bolsa, pueden enfrentar el inconveniente de tener que reportar este hecho (presentación de una solicitud para acogerse al beneficio) como uno de importancia cumpliendo con las obligaciones impuestas por el Mercado de Valores. Esto naturalmente podría implicar una violación al deber de confidencialidad requerido esta vez por el mecanismo de colaboración eficaz. Estos procesos de colaboración eficaz son confidenciales y tienen que mantenerse así para proteger la investigación del INDECOPI, así como proteger al sujeto que decide colaborar con la institución el cual será identificado. Aquí hay una inconsistencia: por un lado hay que informar y por otro hay que guardar reserva. Esta inconsistencia pudo haber sido corregida en el proyecto. En otros países, como es el caso de Chile, se está discutiendo actualmente un proyecto que busca corregir esta inconsistencia. En el proyecto de ley que se está discutiendo en

Chile se ha incluido una disposición que libera a los agentes de la obligación de reportar el hecho al Mercado de Valores.

Otro tema importante que pudo haber sido contemplado en el proyecto es el tipo de beneficio que se alcanza en el programa de colaboración eficaz. Las empresas que participan de conductas anticompetitivas, tienen varias contingencias. Una es la multa que le puede imponer INDECOPI. Otra es la inhabilitación para contratar con el Estado por determinado período, bajo ciertas circunstancias. Pero sin perjuicio de la multa y de la eventual inhabilitación, las empresas se ven expuestas a la obligación de pagar daños y perjuicios a las víctimas de las conductas. El problema es que las empresas que hacen uso de la colaboración eficaz pueden ser colocadas eventualmente en peor situación que una empresa que no cooperó con la investigación. Esto no parece razonable, pues en principio alguien que colabora con la autoridad debería quedar en mejor situación de aquel que no coopera.

Bajo ese principio, en algunos países –como Colombia que también se encuentra en un proceso de ajuste de su ley de competencia– se viene proponiendo darle un beneficio adicional a quienes colaboren con la detección de carteles. El beneficio consiste en librarlos del régimen de solidaridad, en un eventual proceso de daños y perjuicios. Si es que hay un proceso donde las víctimas de este tipo de prácticas reclaman daños y perjuicios, es probable que ellos demanden a todos los que estuvieron en la conducta, o podrían demandar a uno solo y hacerlo responsable por todos los daños. Como beneficio adicional a la exoneración de la sanción, en Colombia se está proponiendo que los colaboradores no estén sujetos a reglas de solidaridad en los procedimientos de daños y perjuicios; quedan obligados a pagar por daños pero únicamente respecto de los que les sean directamente imputables. Eso no se ha hecho en Perú y es algo que podría haber sido incluido para mejorar el mecanismo de colaboración eficaz.

4. ¿Qué temas le parecen le parece que faltaron regular y que no han sido abordados en la propuesta? ¿Cuáles son los temas pendientes?

Al lado de estos aspectos vinculados a temas que sí han sido abordados en este proyecto, están los temas respecto de los que no se ha dicho nada. Los grandes ausentes.

En esa línea hay temas que no están comprendidos en el proyecto y no se extrañan, por ejemplo, control de fusiones. No creo en el mecanismo; pero incluso si alguien creyera en sus virtudes para resolver problemas de competencia –doy

por descontado que sin duda servirá para dar de comer a abogados y economistas–, creo que no es el momento ni oportunidad para introducir este tipo de mecanismos. Es un tema que no está en el proyecto y de verdad no se extraña.

Pero sí hay otros temas que se extrañan y que esta reforma no aborda. El primer tema se refiere a asuntos institucionales, y específicamente a la forma como se designa a los funcionarios que administrarán la ley de competencia. Es el caso que los principales cargos de INDECOPI –miembros del Tribunal– son designados tras bambalinas, en un proceso que nadie conoce, nadie se entera quienes son los candidatos. Estos cargos son designados a dedo por el Presidente de la República. Esto es un problema. Ese sistema no garantiza que los designados sean los más idóneos para asumir el encargo. La forma de resolver esto es establecer un procedimiento transparente y predecible donde todo el mundo conozca bajo qué términos se va a hacer dicha selección y designación. Sería ideal que se establezca un mecanismo de selección, como el que actualmente existe en Chile, donde los miembros de lo que sería el tribunal de INDECOPI son designados a través de un proceso administrado por el Banco Central de Reserva; es decir, una entidad constitucionalmente autónoma, que está fuera del ciclo político, designa a la mayoría de las personas que están a cargo de la administración de la Ley de Competencia. Si este sistema fuera adoptado en el país, le daría legitimidad a la institución a cargo de la aplicación de esta Ley y sobre todo pondría un “candado” a la posibilidad de que ésta sea empleada para perseguir objetivos que nada tienen que ver con la protección de la competencia en los mercados.

El otro tema que lamento tampoco esté en el proyecto, es el de la compensación a las víctimas por los daños y perjuicios generados por las conductas anticompetitivas. En los casi veinticinco años que lleva de aplicación la ley de competencia, yo no conozco alguna víctima de este tipo de conductas que haya recibido una compensación. Hoy en día la infracción genera una multa donde quien percibe el ingreso por la multa es INDECOPI, pero la víctima no reciben absolutamente nada. Y eso ha sido así no porque no hayan ocurrido conductas anticompetitivas en el pasado, sino porque los mecanismos para que la gente obtenga una compensación están mal diseñados. En Europa han tenido un problema muy parecido al que tenemos nosotros; hace algunos años atrás han empezado una reforma para resolver este problema.

Hubiera sido muy interesante que en esta reforma se hubieran tratado de resolver esos dos problemas. Lamentablemente la propuesta de INDECOPI no atiende a estos problemas cuya atención seguirá esperando. 📧