

PRECIOS EXCESIVOS: UNA MIRADA A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

JOSÉ LUIS DIEZ CANSECO NÚÑEZ

L.L.M. George Washington University.

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Catedrático de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

ENRIQUE PASQUEL RODRÍGUEZ

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Catedrático de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

SUMARIO

I. Introducción.- II. Formación del derecho de la competencia en el Perú.- III. Génesis de la normativa peruana sobre libre competencia en materia de precios.- IV. ¿Por qué es inconstitucional sancionar a una empresa por establecer precios excesivos?: 1. La regulación de precios atenta contra la propiedad privada, la libertad de contratación y la libertad de empresa; 2. La regulación de precios atenta contra el artículo 61 de la Constitución.- V. ¿Por qué es ilegal sancionar a una empresa por establecer precios excesivos?: 1. La Ley marco para el crecimiento de la inversión privada; 2. La Ley de la libre competencia.- VI. Los precedentes de Indecopi.- VII. Los precios excesivos en el derecho europeo: 1. Antecedentes de la normativa europea: 1.1. Inglaterra y Estados Unidos de América; 1.2. Alemania y la Unión Europea; 2. Primer período: 1958-1968; 3. Segundo período: 1968-1974; 4. Tercer período: de 1975 a la actualidad; 4.1. General Motors; 4.2. United Brands; 5. ¿Debe aplicarse la práctica europea a nuestro sistema?.- VIII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Unos meses antes de la publicación de este trabajo, un pronunciamiento de la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI generó un importante, controvertido y constructivo debate público en torno a si dicho organismo tenía la capacidad de iniciar y, consecuentemente, sancionar a una empresa por establecer los denominados "precios excesivos".¹

Cuando el presente artículo se encontraba para imprenta, la Sala emitió un nuevo pronunciamiento en el mismo procedimiento.² En dicha Resolución la Sala estableció clara y expresamente que la imposición de un precio excesivo constituye una conducta de explotación incluida en la definición legal de abuso de posición de dominio del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 y, por lo tanto, prohibida sobre la base de los artículos 3 y 5 literal f) de la misma norma.

Esta contribución no tiene por objeto central el debatir la referida Resolución. Empero, visto su importancia, pretende brindar algunas observaciones preliminares y ser una primera contribución en torno a la controversia que seguramente generará la cuestión de si en nuestro sistema debe considerarse como una infracción a la legislación de libre competencia el establecimiento de "precios excesivos".³

¹ Resolución 0429-2003-TDC-INDECOPI de 6 de octubre de 2003. A su vez, esta Resolución revocó la 011-2003 emitida por la Comisión de Libre Competencia el 25 de junio de 2003.

² Resolución 0225-2004-TDC-INDECOPI de 4 de junio de 2004.

³ De hecho se margina del análisis otros temas de la Resolución, controvertidos per se, como son la opinión de la Sala en el sentido que INDECOPI no es competente para analizar infracciones a la normativa sobre libre competencia cuando la posición de dominio de la empresa infractora tiene su origen en disposiciones legales así como si es o no legal que haya, al final de su Resolución, hecho un conjunto de afirmaciones y recomendaciones en torno al sistema de AFP (pp. 42-43). Del mismo modo se margina del análisis el interesante Voto Singular del Dr. Lorenzo Zolberg Ibárcena en torno al principio de tipicidad.

El debate se vincula con la posibilidad o no de sancionar determinados comportamientos en el entendido de que nuestra normativa sigue los cánones y la estructura legislativa del derecho de la competencia europeo. En este sentido se parte de la hipótesis siguiente: si el derecho europeo sanciona las prácticas explotativas, en especial los denominados precios excesivos o precios abusivos, el INDECOPI tendría la posibilidad de sancionar esta clase de comportamientos sobre la base de la aplicación del inciso f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701⁶ o, en su defecto, el artículo 3º del mismo cuerpo legal. De hecho, esta fue una de las líneas argumentativas que siguió la Sala al pronunciarse a favor de la existencia de dicha infracción en nuestro sistema.⁷

Cabe poner de relieve que si un pronunciamiento de la Comisión de Libre Competencia o de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI señalara que una empresa impone precios excesivos, esa decisión llevaría necesariamente a determinar cuál es el precio "no excesivo". Ello significaría un mecanismo indirecto de control de precios. Por ello la temática de los precios excesivos está estrechamente ligada con una política de control de precios de bienes y servicios.⁸

La finalidad del presente trabajo apunta a demostrar que resulta erróneo entender que nuestro sistema jurídico contempla el establecimiento de precios excesivos o abusivos como una infracción a la normativa de Libre Competencia y que, por lo tanto, no se podrían controlar precios indirectamente mediante una resolución administrativa de alguno de los órganos funcionales de INDECOPI. Afirmación similar se puede hacer en relación con el sistema de los Estados Unidos de América a través de su derecho *antitrust*, así como también en la reciente práctica del propio derecho europeo de la competencia. Para sustentar esta posición seguiremos la siguiente línea argumentativa: Primero, demostraremos que la posibilidad de que el INDECOPI sancione el establecimiento de precios excesivos resulta inconstitucional e ilegal. En segundo lugar, explicaremos cómo dicha interpretación sería contraria a una larga lista de precedentes establecidos por el propio INDECOPI. En tercer lugar, veremos que en el derecho de la Unión Europea la aplicación de esta doctrina ha fracasado y cómo es que los principios en los que ella se funda no son propios de nuestro sistema, lo que hace imposible su extrapolación a nuestra normativa de libre competencia. Para este ejercicio nos apoyaremos en historia del derecho de la competencia tanto en el sistema del *common law*, de la Unión Europea y del Perú.

⁶ Decreto Legislativo 701 de 5 de noviembre de 1991, Contra las Prácticas Monopólicas, Controladas y Restrictivas de la Libre Competencia. Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* de 7 de noviembre de 1991, pp.101-103 y ss. Con modificaciones introducidas mediante Decretos Legislativos 708, 788 y 807, y las Leyes 25399, 25411, 25629 y 26094. Específicamente: "Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas (...) actúan de manera inelástica, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. (...) Son casos de abuso de posición de dominio: (...) inciso f): Otras causas de efecto equivalente". Este texto es según la versión introducida mediante el artículo 11 del Decreto Legislativo 803 (18 de abril de 1996) que deroga el texto anterior que señalaba: "Otras de efecto equivalente que se verificasen por Decreto Supremo referidos por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministerios de Economía y Finanzas, de Justicia, y de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración".

⁷ Artículo 3 del Decreto Legislativo 701: "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restringen o distorsionen la libre competencia, de modo que generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional". Este precepto tendría a constituir una suerte de Cláusula General del derecho de la libre competencia.

⁸ En la página 5 de la Resolución 0225-2004-TDC-INDECOPI, la Sala señaló que "la legislación de competencia en el Perú tiene como fuente de inspiración la legislación comunitaria europea sobre la materia, lo mismo que llega a nuestro medio a través de la legislación argentina". Asimismo, entre las páginas 6 y 36, repetidamente se hace referencia al derecho europeo para sostener que nuestro sistema recoge como una infracción a la normativa sobre libre competencia el establecimiento de precios excesivos.

⁹ En la página 34 de la Resolución 0225-2004-TDC-INDECOPI, la Sala señaló que sancionar el establecimiento de precios excesivos es distinto a intervenir en el mercado regulando precios, reconociendo que ello se encuentra legítimamente prohibido en nuestro país. A nuestro parecer no existe diferencia alguna. Fijar un precio máximo significa establecer que un proveedor no puede cobrar más de un determinado monto por un producto o servicio. Si, por otro lado, INDECOPI señala que una empresa no puede cobrar más de una determinada suma por sus bienes o servicios, ¿no está entonces fijando un precio máximo?

II. FORMACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL PERÚ

El derecho de la competencia, en sus dos vertientes, la represión de la competencia desleal y el derecho de la competencia en sentido estricto (también denominado de defensa o promoción de la competencia, antimonopólico, anticárteles o antitrust), ha experimentado una importante evolución legislativa y jurisprudencial. En el estadio presente de su evolución, ambas disciplinas jurídicas aparecen como el ordenamiento general de la conducta de todos los operadores que intervienen económicamente en el mercado mediante el intercambio de bienes y servicios. Con los innegables matices que les son propios, las dos disciplinas tienen por bien jurídico tutelado a la competencia económica como principio político-institucional; el mismo que integra en su defensa los intereses de todos los individuos y grupos cuya actividad y necesidades económicas y sociales dependen del eficiente funcionamiento del mercado, incluido por tanto, el interés de la generalidad o interés público.

Así concebido, el derecho peruano cuenta con un sistema jurídico relativamente moderno para la represión de las actuaciones consideradas como desleales y para promover la competencia, respectivamente; el mismo que está conformado por una pluralidad de disposiciones legales dictadas teóricamente en desarrollo de las bases políticas, sociales e institucionales sentadas principalmente por la Constitución de 1993 y, en alguna medida, en cumplimiento de los compromisos adquiridos sobre la base de la participación en el proceso de integración andino y la ratificación de diversos Tratados internacionales que contienen disposiciones sobre estos particulares.

A pesar del mandato Constitucional y la vigencia por casi medio siglo de normas sobre una de las áreas (la represión de la competencia desleal), cabe indicar que hasta hace un poco más de una década que el derecho de la competencia constituía un sector del ordenamiento jurídico del que se tenía conocimiento, sobre todo, a través de una limitada literatura jurídica (unos cuantos trabajos académicos de poca difusión) y a la cátedra universitaria (como parte de cursos más generales).

Como consecuencia de las limitaciones señaladas anteriormente, nuestros legisladores, la práctica profesional y, obviamente, la jurisprudencia, fueron absolutamente insensibles a su desarrollo. En efecto, ni el reconocimiento Constitucional de la libertad de industria y comercio, en un plano de política legislativa (por cierto de larga data), ni el desarrollo de nichos de mercado en el marco de algunos de los gobiernos que se sucedieron a partir de 1956, trajeron consigo una regulación sistemática y suficiente de ambas disciplinas jurídicas. Resulta más que probable que ni la economía contaba con los elementos estructurales adecuados para exigir dicha clase de normativa, ni lo reclamaba el temperamento y los hábitos de los operadores de nuestro mercado. Por lo tanto, no debe extrañar que la inacción legislativa en materia de libre competencia fuera clamorosa y que, en lo atinente a la única que fue regulada (la represión de la competencia desleal), se limitara a la promulgación de unas escasas, fragmentarias, insuficientes y contradictorias normas, cuya vida se caracteriza tanto por su longevidad como por lo apacible de su existencia: la escasa o simbólica aplicación que conocieron.

En este orden de ideas tampoco debe dejar de sorprender que los operadores económicos se hubieran marginado del proceso de adopción de la normas, así como en el marco de la definición de su aplicación, estrategias y acciones. Incluso, en lo que respecta a las disposiciones vinculadas con un campo tan sensible para la actividad mercantil, como es la publicidad, en el que existía un relativo margen de maniobra a pesar de que la mayoría de los gobiernos eran de corte intervencionista, los empresarios no tomaron conciencia de dicha normativa sino hasta mediados de la década de los Noventa. Finalmente cabe indicar que durante muchos años nuestra legislación estuvo confiada a entes administrativos que no eran precisamente los más idóneos o que tenían limitaciones de diversa índole.

En el panorama que se viene describiendo resulta sintomático resaltar que a pesar de que las Constituciones de 1933, 1979 y 1993 contienen preceptos más o menos explícitos sobre la prohibición de monopolios y la libertad de industria y comercio, ninguno de los textos legislativos que se supone derivan de ambos mandatos fueron adoptados siguiendo los canales legislativos regulares. En efecto, nuestra historia legislativa en la materia se adscribe a Decretos Leyes, se apoya en Decretos Legislativos y se asiste de Decretos Supremos. Estas normas denuncian un origen ajeno al consenso democrático del Legislativo y bastan para demostrar el absoluto desinterés (o interés mediatizado) e ignorancia (real o ficticia) para promover una estructura jurídica que ordene el mercado. En otras palabras, lo dicho hasta ahora permite afirmar que en el plano estructural, en el Perú, la economía de mercado fue impuesta verticalmente por el Ejecutivo más que asimilada y propugnada por los propios agentes del mercado. Por esta simple razón, la aplicación de nuestra normativa aparece errática y su futuro puede resultar incierto.

La constatación de lo errático de nuestra jurisprudencia y la consecuencia de la ausencia de certidumbre sobre su futuro se verifican con el tema de los precios excesivos como una posibilidad sancionable dentro de nuestra normativa sobre libre competencia. En efecto, era una opinión generalizada que estaba cerrado el tema de la posibilidad de considerar a los precios excesivos como materia sancionable. Empero, visto que ha vuelto a la palestra, resulta importante adelantar algunas ideas sobre el particular. Este es precisamente el espíritu que motiva el presente artículo: contribuir al debate.

No se puede poner en duda que los acuerdos de fijación de precios son uno de los supuestos reconocidos y aceptados universalmente como los más perniciosos en lo que respecta a las prácticas que limitan la competencia. Ellos se califican como "comportamientos prohibidos sobre los que no cabe excepción", como "prácticas absolutamente prohibidas" o como "prohibiciones *per se*", según el modelo legislativo que se trate. La jurisprudencia y literatura son abundantes, y en el caso del Perú ha quedado incorporado como un supuesto explícito del inciso a) del artículo 6 inciso del Decreto Legislativo 701.⁸

Situación diferente existe en lo que respecta a la fijación de precios como consecuencia de comportamientos abusivos o de abuso de una posición dominante. Sobre este particular existen

⁸ Inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 (que entiende como prácticas restrictivas de la libre competencia: "La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios". La Resolución 0225-2004-TDC-INDECOPI pretende hacer un paralelo entre la fijación concertada de precios y el establecimiento de precios excesivos (ver páginas 35 y 36 de la Resolución). El razonamiento de la Sala es que si INDECOPI puede señalar que un determinado precio concertado es ilegal -sin que tal se considere que está fijando precios- no existiría problema en que sancione el establecimiento de precios excesivos por una sola empresa con posición dominante. El error de la Sala consiste en olvidar 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 un determinado precio, sino a que un grupo de empresas no conspiran para brindar el mejor servicio al menor precio. Si alguna de ellas, por separado, decide cobrar un precio igualmente alto que el precio concertado, no existe un problema para el desarrollo de la competencia. En el caso de los precios excesivos, lo que motiva la sanción no es una reducción de la competencia, sino el simple cobro de un precio muy alto. En este supuesto, si se prohibiera el cobro del precio señalado por INDECOPI. Esta es la razón por la cual este supuesto es equivalente a una fijación de precios, mientras que el de la sanción a la concertación de precios no. Asimismo, la Sala busca hacer otro paralelo con la sanción al establecimiento de precios predatorios (ver páginas 35 y 36 de la Resolución). Nuevamente se olvida que en este supuesto -que además debe ser considerado casi un comportamiento *per se* que no se promana de la realidad- lo que se prohíbe no es el cobro de un precio demasiado bajo, sino que dicha conducta sea realizada con la intención de sacar del mercado a otra empresa. Otra vez, lo que se encuentra detrás es la prohibición de limitar la competencia y no la prohibición de cobrar un determinado precio. Si, en un supuesto inusual de generosidad hacia los consumidores -que puede ser tan extenuante como la utilización de precios predatorios- una empresa decide vender por debajo de sus costos, INDECOPI no puede prohibirlo. Si, por ejemplo, una empresa decide liquidar su stock por fin de temporada vendiéndolo a un precio menor que el costo de producción, INDECOPI no puede prohibir esta conducta. Tanto en el caso de la concertación de precios como en el de los precios predatorios, lo sancionado es la finalidad anticompetitiva, la intención de obtener ganancias limitando la competencia. El establecimiento de precios muy bajos o muy altos no es lo que se prohíbe. En el caso de los precios excesivos, por el contrario, lo sancionado y prohibido es justamente el cobro de una suma demasiado elevada. Es por ello que esta figura sí equivale a un control de precios y los otras no.

diversos países que incluyen disposiciones que, en apariencia, podrían llevar a sancionar "precios excesivos" como es el caso de la Unión Europea,⁹ España¹⁰ y, en menor grado, Argentina.¹¹ En efecto, los textos de las normas pertinentes de estos países se refieren a la fijación de precios como un supuesto de abuso de posición dominante en el mercado, de ahí que podría argumentarse -como que de hecho ha ocurrido- que la prohibición se hace extensiva a la imposición de precios abusivos o excesivos por parte de empresas que gozan de poder de mercado.

Tal como se verá en otra parte de este trabajo, la jurisprudencia y la doctrina han rechazado sistemáticamente esta interpretación. Es más en el Perú, existen prohibiciones legales expresas, por lo que cualquier interpretación que señale que nuestra normativa acoge la posibilidad de sancionar precios excesivos resulta ilegal.

III. GÉNESIS DE LA NORMATIVA PERUANA SOBRE LIBRE COMPETENCIA EN MATERIA DE PRECIOS

La génesis del derecho de la competencia en el Perú fue humilde por decir lo menos, y clamorosamente antitécnica y cargada de los prejuicios ideológicos que correspondían a modelos económicos altamente intervencionistas por decir lo más.

Es con el Decreto Supremo 467-85-EF del 5 de noviembre de 1985,¹² promulgado poco después de la asunción del mando del Dr. Alan García Pérez como Presidente de la República,

⁹ Artículo 82.2, inciso (a) del Tratado de la Comunidad Europea o Tratado de Roma que señala: "Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas".

¹⁰ Artículo 6.2 apartado (a) de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989) de 17 de julio de 1989, que señala: "La imposición de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativas".

¹¹ Mediante la aplicación combinada de los artículos 1 y 2 del Decreto-Ley 22.262, hoy derogado y modificado por la Ley 25.156. Cabe indicar la que normativa Argentina previa a 1999 no puede ser tomada como referencia por dos razones. Primero debido a que constituye una pésima técnica legislativa. Segundo, tuvo una aplicación bastante mediocre, por lo que cualquier interpretación sobre su contenido debe considerarse como una mera especulación académica.

El Decreto-Ley 22262, de Defensa de la Competencia (Publicado en el Boletín Oficial el 6 de agosto de 1980) señala en su artículo 1 que "están prohibidos y serán sancionados [...] los actos o conductas relacionados con la producción o intercambio de bienes o servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general". A continuación en artículo 2 inciso a) indica como uno de sus supuestos el "fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios en un mercado". Para un análisis pormenorizado de la normativa argentina sobre defensa de la competencia ver: CABBANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Antimonopolístico y de Defensa de la Competencia*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1992.

El Decreto-Ley 22262 fue derogado por la Ley 25.156, de Defensa de la Competencia (Sanccionada el 25 de agosto de 1999, promulgada el 16 de setiembre de 1999 y publicada en el Boletín Oficial del 20 de setiembre de 1999). El texto de la nueva norma argentina es similar a la derogada. En efecto, su artículo 1 señala que: "Están prohibidos y serán sancionados [...] los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general". Igualmente, su artículo 2 inciso a) se refiere a "concentrar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto".

¹² Decreto Supremo 467-85-EF que "Declara de Necesidad y Utilidad Pública la Protección al Consumidor frente al Abuso Derivado de la Posición Dominante en el Mercado." Diario Oficial *El Peruano* de 6 de noviembre de 1985, pp. 39603 y ss. Se trata de un Decreto Supremo de Emergencia que, a tenor del Numeral 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979, tenía rango de Ley.

El Decreto Supremo 467-85-EF tiene como antecedentes: (1) el Proyecto de Ley sobre Abuso de la Posición de Dominante en el Mercado y de los Actos Restringitivos del Comercio, de 28 de agosto de 1985 por la Célula Parlamentaria Apesta; (2) el Proyecto de Ley remitido a la Cámara de Diputados (Oficio 014-85-SCM-PR de 2 de Agosto de 1985) por el Dr. Luis Alva Castro, Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Economía y Finanzas. Este último fue objeto de Dictamen en mayoría el 21 de agosto de 1985 por la Comisión de Economía y Finanzas de la Cámara de Diputados integrada por Javier Laharibe Correa, Carlos Aramayo Pinazo, Alejandro Herem Vekler, Luis Heysen Zegura, Aurelio Lorent de Mola Bolano, Rodrigo Morales Hernández Pedraglio, José Luis Alva

que se adopta nuestra primera norma que refiere específicamente a tan importante área del Derecho.¹³ En ella se declara de necesidad y utilidad pública (como si se tratara de una expropiación) "la protección del consumidor frente al abuso derivado de la posición dominante en el mercado". Tal como lo señala la sumilla de la norma en cuestión, la legislación primigenia sobre libre competencia del Perú se adscribe a la línea doctrinal que señala que dicho conjunto normativo intenta tutelar el interés de los consumidores (artículo 1), se limita al supuesto del abuso de una posición dominante en el mercado, cuantificándolo (artículo 2); consienta la intervención del Estado en aquellas empresas que califiquen como tenedoras de una posición de dominio (artículo 4); y permitía, por causa de interés social o seguridad nacional, exceptuar a las empresas del Estado de aplicación de la normativa (artículo 6).

De un análisis somero del dispositivo en cuestión cabe poner de relieve que su objetivo era claramente el controlar precios. Ello se desprende claramente de la lectura de su artículo 3, el mismo que establece un "régimen de precios regulados" para aquellas empresas que tuvieran una posición de dominio. Es más, la norma obligaba a las empresas a presentar una declaración jurada contentiva de su "estructura de costos".¹⁴ Por esta razón el tema de los precios excesivos o abusivos hubiera estado en perfecta consonancia, no solo con el modelo económico imperante en ese momento, sino con la posibilidad de iniciar procedimientos en caso se considerara que una empresa tenía más ganancias de las necesarias. La consecuencia obvia de la aplicación de la norma sería el control de precios.

La inadecuada legislación primigenia del Perú sobre libre competencia, muy acorde con el modelo intervencionista propugnado por los gobiernos de esa época, resulta en una profunda contradicción con los postulados de esa disciplina jurídica puesto que apuntaba a erigirse en un cuerpo normativo que más que promover la libre competencia y promover la eficiencia económica, la satanizaba y ahogaba. Este Decreto Supremo no tuvo aplicación práctica salvo por la intervención transitoria de una conocida empresa de productos lácteos.¹⁵

Posteriormente, con la elección del hoy prófugo Fujimori, se promulga el Decreto Supremo 296-90-EF del 4 de Noviembre de 1990¹⁶ que prohibía el abuso de posición dominante en el mercado (artículo 3), y los "comportamientos que limiten la competencia" (*sic*) (artículo 4). Este

Sotelo, Fernando Sánchez-Albavera, y Héctor Vargas-Haya; y de Diezmann en minoría presentado por el Dr. Francisco Diez Canseco Távora. (Registro 0001-DIC-95, Dictamen 004, Proyecto C. de M. 03). Al Dictamen en mayoría se agregaron propuestas alternativas presentadas por los Senadores Lautaro Morales y por los Diputados Javier Libertad Correa y Jorge Alegría (3 de setiembre de 1985). Los textos únicos fueron votados en la Cámara de Diputados. Copia fotostática de los Proyectos a que se le hace referencia anteriormente se encuentran en poder de los autores del presente artículo.

¹³ Existen a lo largo de la historia del Perú diversos antecedentes sobre la intervención del Estado en la competencia. Sin embargo estos se adscriben a la temática del control de precios de productos. Ver: ABANTO. Manual. *El Derecho de la Libre Competencia*. Editorial San Marcos, Lima, 1997, pp. 341-347.

¹⁴ Decreto Supremo 467-85, artículo 3: "Se establece el régimen de precios regulados, para aquellas empresas que estén comprendidas en el artículo anterior del Presente Decreto Supremo (refiriendo a quien se determina que una empresa goza de posición dominante), para lo cual, dichas empresas deberán presentar declaración jurada periódica, referida a los costos de producción, gastos comerciales y de ventas, gastos administrativos, gastos financieros y márgenes de utilidad sobre ventas y sobre inversión, para que sirvan de sustento a la fijación de precios regulados que se determinarán para los productos o servicios al consumidor".

¹⁵ Decreto Supremo 238-86-EF de 28 de julio de 1986, por el que se interviene a la empresa Glenda S.A. por un período de 180 días. Publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, de 29 de julio de 1986, pp. 4650 y ss. Cabe indicar que la intervención se produjo sobre la base del artículo 211 inciso 10 de la Constitución de 1979, con lo que, en los hechos resultaba innecesaria la aplicación del Decreto Supremo 467-85-EF. La mención a esta última norma resulta meramente referencial puesto que no existía procedimiento para la aplicación de la misma.

¹⁶ Decreto Supremo mediante el cual el Estado garantiza la Libre Competencia en la producción y Comercialización de Bienes y Servicios, de 4 de noviembre de 1990. Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* de 5 de Noviembre de 1990. Se trata de un Decreto Supremo de Emergencia que, a tenor del numeral 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979, tenía rango de Ley.

texto, a pesar de sus imperfecciones, aparece como una norma más acorde con los cánones técnicos del Derecho comparado sobre la libertad de competencia. Empero, caía nuevamente en el error de constituir una norma de control de precios puesto que dejaba abierta la posibilidad de que el Estado fijara o concertara precios (artículo 5). Esta última posibilidad era una flagrante contradicción con el primer Considerando de la norma, la misma que remitía al Decreto Supremo 226-90-EF que previamente había determinado *"que la fijación de los precios de los bienes y servicios se regulan libremente de acuerdo al comportamiento de la oferta y la demanda"*.¹⁷

El Decreto Supremo 226-90-EF debe considerarse como un hito en la historia del libre mercado en nuestro país puesto que con él se revierte una tradición legislativa y práctica económica de control de precios de productos y servicios, la misma que existía desde décadas atrás. Este Decreto Supremo es una norma llena de imperfecciones en lo que respecta a los postulados teóricos e ideológicos que propugnan que la determinación de los precios es una consecuencia del mercado: hace referencia a "precios supervisados". Empero, si bien parcialmente, es la primera norma que acoge dichos postulados. En todo caso y tomando en cuenta el momento en que se promulga la referida norma, es posible afirmar que existía una explicación para el establecimiento de precios supervisados: la economía peruana estaba inmersa en un grotesco proceso hiperinflacionario. Esta circunstancia, de acuerdo a las ideas económicas imperantes en nuestro país en dicha época, resultaba ser una justificación para establecer mecanismos de control de precios.

El Decreto Supremo 226-90-EF también tuvo consecuencias importantes para la historia del derecho de la competencia peruano: generó interés por parte de nuestros legisladores por contar con normas sobre este particular. Así, el Partido Acción Popular presentó un texto elaborado por uno de sus connotados líderes, el cual era de índole penal y que, en caso de haber sido aprobada, hubiera constituido una nueva norma sobre acaparamiento y especulación en lugar de una de libre competencia.¹⁸ Como reacción a dicha propuesta, un grupo de distinguidos Senadores que pertenecían al grupo parlamentario del Movimiento Libertad, partido perdedor en las Elecciones Generales de 1990 y liderado por el Dr. Mario Vargas Llosa, consecuentes con los postulados de dicha agrupación política, presentaron un Proyecto de Ley¹⁹ de muy buen nivel en cuanto a técnica legislativa, el mismo que seguía claramente la estructura de la normativa que recientemente se había adoptado en España.²⁰

El Decreto Supremo 296-90-EF tampoco se aplicó, ni los Proyectos de Ley fueron objeto de debate parlamentario, entre otras razones, porque el régimen democrático estaba inmerso en un franco proceso de desestabilización que, pocos meses después, impulsó la ruptura del orden Constitucional mediante el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, luego del cual el Perú puso en aplicación de manera clara e inequívoca un modelo económico de libre mercado, el mismo que requería de un cuerpo normativo sobre libre competencia mucho más sólido y, obviamente,

¹⁷ Decreto Supremo 226-90-EF del 9 de agosto de 1990. Artículo 1. Sin embargo, cabe destacar que el movimiento de libre fijación de precios no fue abierto puesto que los bienes parecen de ser "controlados" o "supervisados".

¹⁸ Proyecto de Ley 10/90-Senado de 7 de agosto de 1990, denominado "Ley para Prohibir los Monopolios, Oligopolios, Acaparamientos, Prácticas y Acciones Restrictivas en la Actividad Industrial y Mercantil". Presentado y adherido a las Comisiones de Economía, Finanzas y Banca; y de Justicia y Derechos Humanos el 14 de agosto de 1990. El Proyecto fue suscrito por el Dr. Javier Alva Orlandini. Copia en mimeografía del Proyecto su contenido en poder de los autores del presente artículo.

¹⁹ Proyecto de Ley 581/90-Senado de 2 de Octubre de 1990, denominado "Ley de Libertad de Competencia". Presentado y adherido a las Comisiones de Economía, Finanzas y Banca, y de Justicia y Derechos Humanos. El proyecto fue suscrito por los distinguidos profesionales e intelectuales como es el caso de Miguel Vega Alvarez, Manuel Moreyra Loreda, Luis Bustamante Belaunde, Ricardo Vega Llona, Miguel Cruzaga Beltrán; Raffi Ferrero Costa y Beatriz Merino Luero. Copia en mimeografía del Proyecto se encuentra en poder de los autores del presente artículo.

²⁰ Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989) de 17 de julio de 1989.

ajeno al control de precios de productos que, como hemos explicado, había sido la tónica hasta ese momento.

Como consecuencia de ello se promulgan dos textos legislativos sumamente importantes y que se perfilan como los sucesores de los Decretos Supremos 226-90-EF y 296-90-EF, respectivamente. Nos referimos a los Decretos Legislativos 701¹¹ y 757¹², los cuales tienen por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas en todos los sectores de la actividad económica, y controlar las prácticas que limitan la libre competencia, respectivamente.

Ambos textos siguen vigentes y resultan fundamentales para un sistema de libre mercado. El primero reconoce y garantiza la libre iniciativa privada. El segundo, controla los excesos de la misma. Ambos resultan en textos de desarrollo Constitucional de suma importancia pero, que lamentablemente, se promulgaron en el marco de un gobierno claramente autocrático que, posteriormente - sino inmediatamente - devino en una dictadura.

El Decreto Legislativo 757 vino a ratificar el mandato consagrado en la Constitución de 1979 - y que nunca se había puesto en aplicación - en lo que respecta a que un modelo de economía social de mercado requiere que se garantice la libre iniciativa privada (artículo 2). Esta se define como la posibilidad que tienen los operadores económicos de ingresar libremente en el mercado y dedicarse a la actividad económica de su preferencia (artículo 3). También se garantiza el pluralismo económico, definida como el derecho que tienen las personas de organizarse bajo cualquier forma empresarial (artículo 5) y la introducción del principio que los precios los establece, en principio, el mercado y que el Estado no puede intervenir en dicho proceso (artículo 4). Del mismo modo se eliminan los regímenes de excepción que reservaban para el Estado ciertas actividades económicas (artículo 6). También, entre otros, se garantiza la propiedad privada (artículo 7) y se elimina el control de cambios (artículo 12). En definitiva, es probablemente una de las normas más importantes en la historia económica del Perú, puesto que consolida legislativamente los parámetros legales de una economía de mercado. Es, tal como se indicó, una norma de desarrollo Constitucional de gran importancia pero que lamentablemente se promulgó en el marco de un gobierno autocrático. Ello le resta legitimidad mas no vigencia.

La otra norma de importancia que resulta instrumental de la reseñada anteriormente - a pesar de haber sido promulgada anteriormente - es el Decreto Legislativo 701. El objetivo declarado e inmediato de la normativa peruana sobre Libre Competencia es, tal como lo indica su enunciado, la "eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios" (noción ampliada en su artículo 1). En otras palabras, mediante una prohibición se pretende garantizar el orden económico Constitucional a través de la salvaguardia de una competencia suficiente y de su tutela frente a todo ataque contrario al interés público. Este interés público se traslada en el enunciado que hace referencia a que dicha normativa permite "que la iniciativa privada se desarrolle procurando el mayor beneficio de los usuarios y los consumidores" (artículo 1).

Resulta importante indicar que uno de los enunciados de la ley peruana resulta muy revelador de la carga ideológica resultante de nuestra normativa anterior. Como se recordará, nuestra normativa estaba vinculada con el tema de los controles de precios, puesto que ambas establecían como sanción principal la posibilidad de que el Estado, a través del órgano competente, estableciera controles de precios sobre los productos o servicios objeto de la práctica. En este

¹¹ Decreto Legislativo 701 de 5 de noviembre de 1991, Contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia. Ver nota 4.

¹² Decreto Legislativo 757 de 15 de noviembre de 1991, Ley Marco para el Fomento de la Inversión Privada. Reglamentado mediante Decreto Supremo 094-02-PCM del 3 de abril de 1992.

sentido la mención a la eliminación de las prácticas "controlistas" supone una suerte de paranoia jurídica, puesto que se quiere dejar claro que esta norma no apunta a resolver los conflictos mediante la imposición de medidas de esa naturaleza.

En su estructura y contenido, el texto original de nuestra normativa sobre libre competencia está notablemente inspirado en la legislación española y en el Derecho comunitario europeo, respectivamente.³³ Empero, su técnica legislativa fue altamente inadecuada, si bien se perfeccionó con los años. Las prohibiciones contenidas en la norma se refieren al abuso de posición dominante (artículo 5) y a los acuerdos restrictivos de la competencia (artículo 6). A tales prohibiciones no se suma, como es usual en muchas legislaciones, el control de las concentraciones económicas que afecten o puedan afectar al mercado mediante la creación o el reforzamiento de una posición de dominio. La influencia inicial de la normativa española y comunitaria andina se ha dejado sentir en la configuración de la estructura de las prohibiciones. Sin embargo, en cuanto a su aplicación, esta se ha derivado hacia modelos de corte anglosajón, en especial el Derecho *antitrust* norteamericano, lo que no es excepcional puesto que la propia jurisprudencia europea la toma como referencia principalísima. Ello se ve ratificado por la derogatoria de las excepciones contenidas en el antiguo artículo 7,³⁴ las mismas que fueron vueltas a introducir mediante diversos precedentes de observancia obligatoria y la aplicación de las nociones de la prohibiciones *per se* y de la *rule of reason*, de la más pura raíz *antitrust*,³⁵ las cuales también fueron marginadas de nuestro sistema por la vía de una interpretación.

Los Decretos Legislativos 701 y 757 también resultan de importancia para esta contribución puesto que el debate en torno a si es posible o no fijar precios se vincula directamente con ambos cuerpos legales, así como con diversos principios Constitucionales y la jurisprudencia. Ello se detalla a continuación.

IV. ¿POR QUÉ ES INCONSTITUCIONAL SANCIONAR A UNA EMPRESA POR ESTABLECER PRECIOS EXCESIVOS?

1. La regulación de precios atenta contra la propiedad privada, la libertad de contratación y la libertad de empresa

Sin duda alguna, el derecho a la propiedad privada es una de las piedras angulares del sistema económico de todos los países desarrollados o con pretensiones de serlo. En efecto, no es casual que las primeras Constituciones hayan surgido como un mecanismo de protección de la propiedad privada.

Como es ampliamente sabido, gozar de un derecho de propiedad privada³⁶ sobre un determinado bien, significa tener la posibilidad de excluir al resto de individuos de su uso, disfrute y disposición. El propietario es quien tiene el derecho a decidir qué uso darle al bien, qué hacer con sus frutos y si prefiere conservarlo, transferirlo o incluso destruirlo.

³³ Para comentarlos el texto original del Decreto Legislativo 701, los mismos que por su calidad no han perdido vigencia, ver: BULLARD, Alfredo, *La Legislación Antimonopolista y el mito del Muro de Berlín*. Revista Thomas 30, 1994, pp. 243 y ss. Del mismo modo ARANTO, Manuel, *El Derecho de la Libre Competencia*, Editorial San Marcos, Lima, 1997. Ambos trabajos corresponden a las visiones norteamericana y europea, respectivamente.

³⁴ Derogado mediante el artículo 5 del Decreto Legislativo 785.

³⁵ Ello se ve reflejado en la estructura y línea argumental del denominado Caso del Pollo. Expediente 029-96-CLC, seguido por INDECOPI contra la Asociación Peruana de Avicultores y otros. Resolución 001-97-INDECOPI-CLC de 15 de enero de 1997. El Perano, 21 de enero de 1997.

³⁶ Artículo 2, numeral 16, Decreto Fundamental de la Persona. Este precepto consagra el derecho de propiedad. Este artículo debe complementarse con el artículo 70 Constitucional que establece que la propiedad es un derecho inviolable y desarrolla los supuestos y restricciones a las que se sujeta su limitación.

En ese sentido, el derecho de propiedad privada se encuentra estrechamente vinculado con una serie de derechos consagrados constitucionalmente. Por ejemplo, la libertad de contratar establecida en el artículo 62 de la Constitución¹⁷ es en gran medida una de las expresiones del poder de disposición de los bienes que forman parte de la propiedad privada de un individuo. Este derecho, entre otros, supone que los actores del mercado tienen la posibilidad de pactar los términos que regularán sus relaciones jurídicas. Entre ellos, el precio de los bienes que son, ofertados, vendidos y adquiridos.

Otro derecho vinculado estrechamente con el derecho a la propiedad privada es la libertad de empresa consagrado complementariamente en los artículos 58¹⁸ y 59¹⁹ Constitucionales. Como señalan autores de la talla de Ariño Ortiz,²⁰ Font Galán²¹ o Viciano Pastor,²² este derecho comprende una serie de libertades, como es el caso de emprender libremente actividades comerciales, la elección de la organización interna de la empresa y la posibilidad de fijar precios y condiciones de contratación. En buena cuenta, este derecho supone la posibilidad de decidir el uso que se le darán a los activos empresariales, con quiénes se establecerán las relaciones comerciales, y en qué términos se dispondrá de los distintos bienes y servicios que comercializa una empresa.

De esta forma, puede verse que el derecho de libre contratación y libertad empresarial se vinculan estrechamente con el derecho de propiedad privada -de hecho en gran medida son derivaciones de este- y es casi imposible afectar a los primeros sin perturbar al último.

En lo que a nuestro trabajo respecta, resulta claro que si el Estado decide regular precios atenta contra la propiedad privada, la libertad de contratación y la libertad empresarial. En efecto, la regulación de precios limita el derecho de libre disposición de los bienes que es inherente a la propiedad privada. Por otro lado, restringe la libertad contractual en lo atinente a la facultad que posee todo individuo para determinar las condiciones en las que el bien será comercializado. Finalmente, tal como se ha puesto de manifiesto anteriormente, restringe la libertad de empresa.

Según lo expuesto, para analizar la constitucionalidad de la fijación de precios por algún organismo estatal, habrá que entender primero cuáles son las restricciones que la Constitución admite como válidas para restringir los derechos reseñados anteriormente. Visto que estas

¹⁷ Artículo 62.- Libertad de contratar:

"La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas rigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según las convenciones de protección previstas en el contrato o contempladas en la ley".

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

¹⁸ Artículo 58.- Economía Social de Mercado.

"La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

¹⁹ Artículo 59.- Rol Económico del Estado.

"El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser trativo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades".

²⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Propiedad, libertad y empresa*, en: *La Empresa en la Constitución Española*, Anaxandri, 1989, p. 101.

²¹ FONT GALAN, J.I., *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos, 1987, pp. 61-82.

²² VICIANO PASTOR, Javier, *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*, Tirat i Blanch, 1992, pp. 126-132.

limitaciones no están señaladas de manera clara y expresa, habrá que identificar cuáles son las finalidades que cumplen dichas libertades a fin de establecer en qué se pueden fundamentar sus restricciones.

En primer lugar, las libertades tienen un papel fundamental en el plano económico. Esta clase de derechos garantizan a los propietarios que podrán conservar las ganancias de sus inversiones empresariales. Por ello, los individuos tienen incentivos para invertir en la producción de los bienes y servicios que demandan sus semejantes, pues sabrán que podrán obtener ganancias de esta actividad.

Por otro lado permiten que los individuos obtengan ganancias mutuas al existir la posibilidad de intercambiar bienes libremente. Si dos sujetos libre e informadamente deciden dar paso a una relación de intercambio, solo existe una explicación posible para dicha conducta: ambos saldrán ganando con la misma. No se puede determinar a ciencia cierta quién ganará más o quién ganará menos, puesto que el valor que tienen los bienes para las personas es completamente subjetivo. Simplemente se puede deducir que ambos se beneficiarán en alguna medida. Así, la posibilidad de disponer libremente de los bienes se convierte en una estrategia de maximización del bienestar de la sociedad.

Estos derechos también permiten el surgimiento de un mecanismo fundamental para la existencia del mercado y la transmisión descentralizada de información: el sistema de precios.²⁹

El sistema de precios transmite información sobre las preferencias de los consumidores y los usos alternativos que pueden darse a los distintos insumos involucrados en un proceso de producción. Evidentemente, si no existe libertad de fijar los precios, el proceso de transmisión de información en el mercado se verá distorsionado y los bienes no lograrán asignarse a sus usos más valiosos.

Por lo tanto se puede afirmar que la propiedad privada, la libertad de contratación y la libertad de empresa son los principales pilares en los que se sustenta el desarrollo económico de cualquier país con pretensiones de desarrollo.

En segundo lugar estos derechos juegan un papel fundamental en la estabilidad democrática y en la existencia del Estado de Derecho.³⁰ La democracia es un sistema que pretende limitar el poder político dividiéndolo entre el mayor número posible de individuos: la denominada desconcentración del poder. El Estado de Derecho (o *rule of law*), por su parte, significa la aplicación de reglas claras, predecibles e iguales a todos los ciudadanos con el propósito de prevenir las arbitrariedades estatales. Sin embargo, para que en la práctica los individuos puedan gozar de libertad política, resulta necesario independizarlos lo más posible de la tutela del Estado y que sepan que este no va a poder presionarlos o amenazarlos con afectar sus vidas o sus bienes. Para esto es imprescindible una protección férrea a la libertad económica que confiere la propiedad privada, la libertad de contratación y la libertad de empresa. Blackstone no se equivocaba cuando decía que la propiedad le brindaba al individuo la libertad sobre los recursos y que la libertad material era la base para todas las demás libertades, "*the guardian of every other right*".³¹

²⁹ BARNETT, Randy, *The function of several property and freedom of contract*, En: *Social Philosophy & Policy* 62 (1992).

³⁰ Ver especialmente: HAYEK, Fritzenich, *The road to serfdom*, FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose, *Free to choose*, SUNSTEIN, Cass, *On property and constitutionalism*, en: *Chicago Law and Economics Working Paper 3 (Second Series)*.

³¹ BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Libro 2, William S. Hein and Co., 1992, p. 2.

Ahora que conocemos las finalidades perseguidas por los derechos a la propiedad privada, a la libertad de contratación y a la libertad de empresa, es posible analizar el marco Constitucional dentro del que deben ser ejercitados.

Estos tres derechos, de acuerdo con el artículo 58 de nuestra Constitución, se ejercen dentro del marco de una economía social de mercado. Para entender el significado de este concepto dentro de nuestro sistema es del caso atender al contexto histórico en el cual se adoptó la Constitución de 1993. Su predecesora -la Constitución de 1979- y los gobiernos que rigieron bajo ella, se encontraron teñidos por un fuerte aán intervencionista, influido por un pensamiento socialista que para dicha época empezaba ser abandonado por varias democracias del Primer Mundo.

Luego del desastre económico que sufrió nuestro país en la década de los Ochenta - dentro del que la fijación de precios era tema de todos los días -, se promulga la Constitución de 1993, bajo la fundada creencia de que la economía dirigida no es más que un camino hacia el fracaso. Así, la actual Constitución se construye como un mecanismo para conseguir un Estado más limitado y menos interventor, que protege de manera más sólida la propiedad privada, la libertad de contratación y la libertad de empresa.

Por este motivo, por "economía social de mercado" se debe entender un sistema económico que acepta al libre mercado como el asignador más eficiente de recursos, pero, tal como señala Clapham,²⁶ que propone que el mercado debe ser corregido en sus extremos. Esta posición también fue expresada por Carlos Torres y Torres Lara - representante ante el Congreso en la elaboración de la Constitución de 1993 -, quien señaló que la Norma Fundamental elige el modelo económico del libre mercado reconociendo que no se puede caer en el liberalismo extremo.²⁷ Más allá de si estamos o no de acuerdo con la posición tomada por los constituyentes, se debe reconocer que esta es la forma como se encuentra diseñado nuestro sistema constitucional.²⁸

Así, la Constitución de 1993 se creó bajo la noción de que dentro de una economía social de mercado la Constitución no prevé un régimen de *laissez faire*, sino uno donde el Estado tiene dos misiones. De un lado corregir la distribución inequitativa de recursos generada por el mercado. De otro lado, corregir las fallas que puedan surgir dentro del mismo, con la finalidad de optimizar la asignación de recursos y conseguir mayores niveles de bienestar.

En atención a estas dos últimas finalidades el Estado puede intervenir en el mercado limitando la propiedad, los derechos de libre empresa y libertad de contratación. Este es el límite constitucional que tiene el Estado para restringir estos derechos. Por su parte, otras limitaciones a la propiedad privada deben ser declaradas por ley, sometidas a indemnización justipreciada y fundadas en seguridad nacional o necesidad pública, tal como establece el artículo 70²⁹ Constitucional. Si el Estado peruano interviene en la actividad económica de los individuos

²⁶ CLAPHAM, Rynald, *La economía social de mercado como sistema público-ordenador*. En: *Economía Social de Mercado*. Coloquio Peruano-Alemán. Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, 1979, p. 71.

²⁷ TORRES Y TORRES LARA, Carlos, *La Constitución Económica en el Perú*. Acorazada, 1994, p. 11.

²⁸ Para una visión distinta a la adoptada por el texto constitucional sobre los límites que debería tener la propiedad privada puede verse: PASQUEL, Enrique, *¿Qué restricciones debe tener el Estado para limitar la propiedad privada?*, Tesis para optar por el título de abogado, y PASQUEL, Enrique y SOLÍS, Gerardo, *La filiar brevedad de Robin Hood: Los dilemas recaudatorios y filantrópicos de la redistribución de la riqueza*, En: *Los Es Ventos* 26, pp. 310-327.

²⁹ Artículo 70.- Inviolabilidad del derecho de propiedad

"El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hoy acúsa ante el Poder Judicial para constatar el valor de la propiedad que el Estado haya retirado en el procedimiento expropiatorio."

basado en consideraciones distintas, actuará en contra de lo que dispone la norma fundamental, a la que está obligado a someter su actuación.

Precisamente el derecho de la libre competencia responde a la existencia de "fallas de mercado" y este último concepto proviene de la literatura económica. Su contenido no forma parte de los denominados "conceptos jurídicos indeterminados" que el legislador o quien aplica la norma puede llenar a su leal saber y entender. Más bien, su significado es bastante conocido por la teoría económica. Por lo tanto, ella es la que, en este caso, establecerá el marco dentro del cual la actividad estatal se ajustará a la Constitución.

Según lo expuesto, para analizar la constitucionalidad de la fijación de precios, habrá que acudir a la teoría económica para determinar si es que nos encontramos frente a una falla de mercado y cuáles son las medidas adecuadas para su corrección. Sin embargo, en la Norma Fundamental no encontramos referencia alguna a los "precios excesivos". Este, más bien, es un concepto jurídico que nace de la legislación y de la jurisprudencia europea en materia de libre competencia. De hecho, en el inciso a) del actual artículo 82 del Tratado de Roma referido al abuso de una posición dominante se establece como conducta el "*imponer directamente o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas*". Así, el mismo lenguaje empleado por la normativa europea se aleja de cualquier tecnicismo económico y pretende sancionar por razones que parecen sustentarse más en cuestiones de equidad que en la teoría económica.⁴⁰

Pero aún cuando se quisiera asimilar los precios excesivos al cobro de un precio monopolístico - concepto que sí pertenece a la teoría económica - no es aconsejable técnicamente la regulación de precios, por lo que tampoco podría entenderse que se encuentra justificada la intervención estatal.

Es ampliamente aceptado que si no se trata de un monopolio natural o legal, será el mismo mercado el que corregirá el problema, pues el alto precio cobrado por el monopolista creará incentivos para que ingresen al mercado nuevos competidores y la competencia permitirá alcanzar el precio competitivo.⁴¹ Más bien, a una agencia estatal le sería tremendamente difícil - sino imposible -, además de costoso, regular los precios pues -entre una larga serie de inconvenientes- para ello tendría que establecer el costo marginal de producción del monopolista, el cual por definición varía constantemente en el tiempo e, incluso, el mismo probablemente desconoce.

⁴⁰ Lamentablemente, la Sala de Defensa de la Competencia, en su Resolución 0225-2004-TDC-INDECOPI, no estableció con claridad qué se debe entender por precio excesivo y qué criterios deben emplearse para determinar cuándo nos encontramos frente a uno. En la nota al pie de página 62 de la Resolución se indica que el precio excesivo o abusivo es aquel claramente superior al que tendría lugar en una situación de competencia que es consecuencia de la existencia de un monopolio o del ejercicio de un cierto poder de mercado. Sin embargo, a renglón seguido, en la nota al pie de página 63, se establece que imponer precios excesivos equivale a imponer precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas. Así, no queda claro si se debe equiparar los precios excesivos a los precios monopolísticos, o si se debe recurrir a una definición no técnica que apela a criterios de equidad, como lo hace el Tratado de Roma. La confusión resulta aún mayor si se tiene en cuenta que la Sala se lo ratificó en su intento de utilizar el derecho europeo como guía de interpretación de nuestra normativa. Y, al margen de cómo debemos entender el concepto, el problema más grande es que no se han establecido criterios que permitan determinar *ex ante* cuándo un precio resulta excesivo. En las páginas 25 y 33 de la Resolución, la Sala señaló que las prácticas explotativas se apartan de las condiciones de equilibrio asociadas con un mercado competitivo. De esta forma, parecería querer indicar un vago criterio para determinar la existencia de un precio excesivo. Lamentablemente la Sala no tuvo en cuenta que la existencia de un "equilibrio" no es más que un concepto teórico que ayuda a explorar cómo funcionan los mercados, pero que no existe en la realidad. En la realidad, los mercados persiguen un equilibrio entre oferta y demanda, pero este nunca se logra, pues las condiciones de los mismos varían constantemente, por lo que demanda y oferta no son constantes. Por ello, no puede aludirse al "equilibrio" como criterio para determinar qué tan excesivo es un precio.

⁴¹ Desafortunadamente la Resolución 0225-2004-TDC-INDECOPI también señaló que la aplicación de la normativa sobre libre competencia queda marginada o no se aplica en el caso de empresas que poseen posición de dominio como consecuencia de disposiciones legales. Aparentemente, de acuerdo con el criterio de la mayoría de la Sala, la legislación de competencia no se aplica a las empresas más peligrosas para la competencia: aquellas que intentan un monopolio o que forman parte de un oligopolio gracias a la voluntad del Estado.

Así, tenemos que el marco económico de economía social de mercado solamente permite la intervención estatal y la consecuente limitación a la propiedad privada y a las libertades de contratación y empresa siempre que, ante una falla de mercado, exista una justificación técnico-económica para la misma. Al no existir dicha justificación en el presente caso, de acuerdo con la Constitución no resulta posible sustentar adecuadamente - sino tan solo arbitrariamente - la limitación de los derechos a la libertad de contratación y a la libertad de empresa.

Más bien, la fijación de precios atenta contra todas las finalidades que persigue la propiedad privada, la libertad de contratación y la libertad de empresa. Si las empresas no tienen la libertad de fijar libremente los precios de los bienes y servicios que comercializan, sus incentivos para producir e invertir disminuyen proporcionalmente a la disminución de las ganancias establecida mediante el control de precios.

Asimismo, si el precio fijado es demasiado bajo, habrá productores a los cuales no les será conveniente dedicarse a dicha actividad, por lo que tendremos una oferta menor que la demanda existente. En consecuencia, no se celebrarán transacciones que hubiesen sido beneficiosas para ambas partes, habrá escasez y, en muchos casos, especulación dentro de mercados negros.

Además, como se manifestó anteriormente, el mercado funciona gracias a que existe un sistema de precios que transmite información a sus agentes. Una vez que el Estado decide fijar los precios, este sistema deja de actuar. En definitiva, termina destruyendo al mismo mercado.

Finalmente, la sanción por establecer precios excesivos rompe con los ideales democráticos y de Estado de Derecho que pretenden resguardar la propiedad privada, la libertad de contratación y la libertad de empresa. En primer lugar, como no existe un criterio claro y previsible que permita determinar cuándo un precio es excesivo, la aplicación de esta doctrina siempre será arbitraria, impredecible y desigual.⁴⁹ En segundo lugar, esto permitirá que un gobierno corrupto utilice esta figura como arma para presionar o perjudicar a todo empresario que atente contra los objetivos personales de los gobernantes.

2. La regulación de precios atenta contra el artículo 61 de la Constitución

El artículo 61 de la Constitución establece literalmente que:

"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".

Como se puede apreciar, esta norma autoriza al Estado a sancionar una serie de prácticas que pueden realizar los distintos proveedores que interactúan en el mercado. En la medida que se trata de una norma que establece una obligación estatal de sancionar, tiene que ser interpretada de manera restrictiva. Esto, en virtud del principio general del derecho que establece que las normas que imponen sanciones o restringen derechos deben recibir una interpretación restrictiva por los operadores jurídicos.

En ese sentido, habrá que interpretar restrictivamente cuáles son las prácticas que el artículo 61 de la Constitución obliga al Estado a combatir. Para ello resulta del caso analizar con detalle el texto de la norma. Ella impone al Estado la obligación de sancionar el abuso de posiciones de dominio dentro de la obligación estatal general de facilitar y vigilar la libre competencia. Por lo

⁴⁹ Una muestra de lo impredecible que llega a ser esta figura es que la misma Resolución 0125-2004-EDC-INDECOPI señaló que el cobro de precios excesivos es un caso de abuso de derecho (ver página 21 de la Resolución). En efecto, probablemente no exista en el Derecho Civil una figura más arbitraria, poco predecible y de aplicación incierta que el abuso del derecho.

tanto, la Constitución solamente estaría sancionando prácticas que afectan la libre competencia, es decir, prácticas que -más allá del daño concurrencial lícito- reducen la competencia en el mercado, afectando negativamente el número de competidores existente en el mismo.

Sin embargo, el cobro de los denominados "precios excesivos" no es una práctica que afecte la competencia en el mercado, en el sentido de que reduzca el número de competidores. De hecho, tal como se ha señalado anteriormente, cuando una empresa cobra precios mayores que aquellos que surgirían en un mercado competitivo, genera incentivos para que ingresen nuevos competidores que intentarían captar a los consumidores ofreciendo precios más bajos.

Por ello el cobro de "precios excesivos" escapa de los parámetros fijados por el artículo 61 Constitucional. Interpretar que la sanción impuesta por esta norma puede extenderse a esta práctica apunta a llevar a cabo una interpretación extensiva de la misma, lo cual no es posible al tratarse de una norma sancionadora. Más allá de si consideramos que los "precios excesivos" deberían sancionarse o no, debemos reconocer que la Constitución vigente le impide hacerlo al Estado.

Ello, sin embargo no impide adelantar una interpretación que apunte a la validez Constitucional de distinguir entre prácticas de exclusión y prácticas explotativas. En efecto, las prácticas abusivas de exclusión tienden verticalmente a excluir o aminorar la posición en el mercado competitivo de las empresas que compiten horizontalmente. Así por ejemplo, en el caso de la discriminación la empresa con posición de dominio "A" favorece a una empresa "B" con la que mantiene una relación vertical. Esta circunstancia hace que "B" se encuentre horizontalmente en mejor posición competitiva que "B-Prima" que es su competidora. Por tanto, la discriminación hará que "B-Prima" tenga que salir del mercado. Este ejemplo se aplica para los casos de las negativas injustificadas a contratar, de las ventas atadas o los subsidios cruzados.

En el supuesto de los precios predatorios, la exclusión resulta todavía más obvia. Quien tiene posición dominante lleva a cabo esta práctica a fin de "excluir" al competidor del mercado.

En resumen, en la medida que nuestra Constitución apunta a proteger, según diversas teorías, la competencia, el proceso competitivo, al sistema de competencia, a los competidores, al mercado o el bienestar de los consumidores (*consumer welfare*, que como es ampliamente conocido no es lo mismo que "consumidores"); no se puede argumentar válidamente que los "precios excesivos" es un supuesto que pudiera ser reconocido Constitucionalmente. En efecto, los "precios excesivos" no limitan la competencia. Todo lo contrario, generan incentivos para que haya más competencia.

V. ¿POR QUÉ ES ILEGAL SANCIONAR A UNA EMPRESA POR ESTABLECER PRECIOS EXCESIVOS?

Tal como ha quedado demostrado en el punto anterior, no solamente resulta inconstitucional que el INDECOPi sancione a una empresa por el establecimiento de precios excesivos. También resulta ilegal por mandato expreso de nuestra normativa.

En efecto, la prohibición de intervención estatal en los precios ha sido recogida por nuestra legislación. Por un lado se establece expresamente a partir de lo establecido en la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. Por otro lado se desprende de la correcta lectura de la Ley de Libre Competencia.

1. La Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada

El artículo 4 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, señala expresamente que:

"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".

Como se puede apreciar, la imposibilidad estatal de fijar los precios de los productos y servicios que se comercian en el mercado ha sido establecida clara, expresa e inequívocamente. En resumen, está prohibida la intervención directa o indirecta para controlar, fijar o determinar los precios de los bienes o servicios en el mercado, salvo la excepción sobre servicios públicos.

2. La Ley de Libre Competencia

La Ley de Libre competencia en su artículo 5 inciso f) establece que se considera como comportamiento abusivo "otros casos de efectos equivalentes". En otras palabras, es necesario determinar si el cobro de "precios excesivos" o "precios abusivos" es un supuesto que cabría dentro de la "cláusula general" que se genera sobre la base de la mención "otros de efectos equivalentes".

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, es una norma posterior a la Ley de Libre Competencia. Imaginemos que el Tribunal considerase que el Decreto Legislativo 701 contemplaba originalmente la posibilidad de sancionar el cobro de "precios excesivos" y, por lo tanto, la facultad del INDECOPI de fijar los precios máximos que pueden ser cobrados en un determinado mercado. En este escenario, el Tribunal tendría que aceptar que el Decreto Legislativo 757 habría derogado tácitamente dicha infracción, al prohibir la fijación administrativa de tarifas. Desde la entrada en vigencia de la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, se encuentra permitida la libre fijación de precios y prohibido su determinación a cargo de cualquier entidad administrativa. Toda norma anterior que disponga lo contrario habría quedado tácitamente derogada.

Por otro lado cabe indicar, como cuestión previa, si se trata o no de una "cláusula general" o si es de aplicación el principio de tipicidad a que hace referencia el artículo 230.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo General en lo atinente a la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Según el principio de tipicidad:

"(...) sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en las normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o análoga. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo solo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo en los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria".

A la luz de dicho principio y tomando en cuenta que la Ley de Libre Competencia es un derecho sancionador, queda claro que el literal f) del artículo 5 no tipifica el supuesto de "precios abusivos" o "precios excesivos". Por lo tanto, el INDECOPI carece de competencia para evaluar este supuesto y debería declarar improcedente de plano cualquier denuncia que incluya esta posibilidad.⁴²

⁴² La Resolución 0225-2004-TDC-INDECOPI no fue adoptada por unanimidad. El doctor Lorenzo Zolovíñi hizo una moción un voto singular en el que señalaba que el INDECOPI no se encuentra facultado a sancionar el establecimiento de precios excesivos, pues este no es una infracción tipificada en nuestra legislación.

Valorado el principio de tipicidad, debe tenerse en cuenta que el literal f) del artículo 5 de la Ley de Libre Competencia emplea la frase "otros casos de efecto equivalente". Ello significa que, en el mejor de los casos, la conducta sancionable se refiere a una que posea efecto equivalente a cualquiera de las tipificadas expresamente en los literales a), b) y c), del mismo cuerpo normativo referidas a las negativas injustificadas a contratar, la discriminación y las cláusulas de atadura o ventas atadas, respectivamente, las cuales, dicho sea de paso, corresponden a los supuestos de prácticas abusivas que reconoce la integridad de la normativa internacional en materia de libre competencia, razón por la, desde la perspectiva del Derecho comparado, no cabría la posibilidad de identificar "otras", salvo la de los precios predatorios, la cual es objeto de una animada controversia sobre la oportunidad de su reconocimiento como un supuesto que debe ser sancionado por el derecho de la competencia.

Sobre el particular, resulta del caso poner de relieve que la "ratio legis" del actual texto del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 surge de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 807, el cual no apuntaba a brindar a los órganos funcionales del INDECOPI la facultad de tipificar nuevas infracciones dentro de la Ley de Libre Competencia diferentes conceptualmente a las prácticas de exclusión. Ello resultaba imposible puesto que la Constitución y el Decreto Legislativo 757 lo prohíben.

Todo lo contrario, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 807 refiere a la derogatoria del literal d) del texto original de la Ley de Competencia (referido a la venta a precios diferenciados en los mercados de exportación e interno, respectivamente) puesto que su aplicación "podría degenerar en control de precios". En este sentido, cabe señalar que si la razón por la que se derogó dicho literal tenía como fundamento la imposibilidad de fijar o controlar precios, mal podría interpretarse que el inciso f) del artículo 5 quedó para ello.

En adición a la intención del legislador en relación con los alcances del literal f) del artículo 5 de la Ley de Libre Competencia es del caso citar lo resuelto por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI en la Resolución 046-2003-INDECOPI/CLC de 17 de septiembre de 2003 (Asociación de Agencias de Turismo del Cusco v. PERURAIL S.A.), en la que se indica lo siguiente:

"(...) el efecto de los casos de abuso de posición de dominio tipificados en los literales a), b) y c) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 no es otro que un efecto excluyente que limita, restringe o distorsiona la competencia. En los casos referidos la exclusión es injustificada y se realiza en virtud a que la empresa abusiva goza de un alto poder de mercado. Por el contrario, lo que no es reprochable es que una empresa excluya a sus competidores debido a su eficiencia productiva. En ese sentido, los otros casos de efecto equivalente contemplados en el literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 son aquellas con efecto excluyente que limitan, restringen o distorsionan la competencia. Es así como la doctrina y la jurisprudencia han señalado como "otros casos de efecto equivalente" a la imposición de precios predatorios y la celebración de determinado acuerdo de distribución exclusiva, que son casos con explícitos efectos excluyentes (...)"

En otras palabras la Comisión del INDECOPI ha reconocido que los "otros casos de efecto equivalente" deben de ser supuestos de efecto o naturaleza "excluyente", o lo que en doctrina del derecho de la competencia se conoce como "prácticas de exclusión" por oposición a las "prácticas de explotación" (*exploitative practices*). Es decir, aquellos comportamientos abusivos que tienen por objeto marginar, sacar o excluir del mercado a empresas en el marco de una relación comercial o económica de naturaleza vertical. En otras palabras, cuando una empresa con posición de dominio ejerce su poder a fin de excluir del mercado a alguna empresa con la que se encuentra real o potencialmente vinculada verticalmente a fin de favorecer a uno de los competidores de la empresa objeto de la práctica de exclusión.

Es más, debe tenerse en cuenta que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI también ha analizado este tema anteriormente y ha determinado la ilegalidad de realizar interpretaciones extensivas o análogas de los supuestos de Abuso de Posición de Dominio contemplados en la Ley de Libre Competencia para intentar controlar los precios en el mercado. En efecto, dicha Sala en su Resolución 0078-1999/TDC-INDECOPI de 5 de marzo de 1999 (Empresa Editora El Comercio S.A. v. Aero Continente S.A. – Expediente 005-97-CLC) ha señalado que:

"Dar mayores alcances a los supuestos de abuso de posición de dominio regulados en el Decreto Legislativo 701 significaría convertir a la legislación contra las prácticas restrictivas de la libre competencia en un mecanismo velado de control de precios. En efecto, si la regla a adoptar fuese la de obligar a uniformizar los precios en cualquier tipo de mercado en el que el vendedor mantenga posición de dominio, salvo excepciones muy limitadas, ello significaría establecer un esquema continuo de control de precios para el monopolista, lo que, además de no estar permitido por la ley, crearía mayores distorsiones en la asignación de recursos en el mediano y largo plazo (...)"

Para abundar más la Comisión de Libre Competencia elaboró el Informe 088-2000/CLC de 19 de septiembre de 2000, en la que señala que:

*"(...) la conducta a la que se hace referencia en la comunicación objeto del presente informe [alza desmesurada de los precios] no tipifica como una práctica prohibida por el Decreto Legislativo 701 bajo la modalidad de abuso de posición de dominio (...)"*⁴⁸

Por lo tanto, sea desde la perspectiva del principio de tipicidad o desde la *ratio legis* del Decreto Legislativo 701, queda claro que la Ley de Libre Competencia no contempla como una infracción el cobro de "precios excesivos".

VI. LOS PRECEDENTES DEL INDECOPI

La prohibición expresa de que un organismo estatal fije precios de manera directa o indirecta ha sido reconocida expresamente por el INDECOPI en innumerables pronunciamientos e informes elaborados por la Comisión de Libre Competencia.⁴⁹ En ellos se destaca que los precios de los bienes y los servicios se fijan libremente, con excepción de los servicios públicos regulados. En esa dirección, salvo el caso de los servicios públicos, ni el INDECOPI ni ningún organismo de la administración pública tiene facultades para controlar los precios de los bienes y servicios en ningún sector, ni en ninguna circunstancia especial. Es más, el INDECOPI no es competente para pronunciarse sobre si dichos precios son excesivos o no.

Este mismo criterio ha sido avalado por la propia Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI en citada anteriormente Resolución 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999 (Empresa Editora El Comercio S.A. v. Aero-Continente S.A. Exp. 005-97-CLC). Ella ha señalado, a partir de lo expresamente señalado en el artículo 4 del Decreto Legislativo 757 que:

⁴⁸ Informe 088-2000/CLC, elaborado con motivo de la solicitud presentada por el Presidente de la Liga de Consumidores y Usuarios del Perú a la Presidencia del Directorio del INDECOPI, para que se inicie un proceso de investigación respecto a la metodología que utiliza la refinera RELAPASA para determinar el incremento del precio de los combustibles.

⁴⁹ Informe 003-97/INDECOPI-CLC de 25 de marzo de 1997. En el mismo sentido: Informe 004-97/INDECOPI-CLC de 28 de abril de 1997; Informe 001-98/INDECOPI-CLC de 26 de febrero de 1998; Informe 003-98/INDECOPI-CLC de 25 de febrero de 1998; Informe 004-98/INDECOPI-CLC de 2 de marzo de 1998; Informe 005-98/INDECOPI-CLC de 4 de marzo de 1998; Informe 007-98/INDECOPI-CLC de 20 de abril de 1998; Informe 004-99/INDECOPI-CLC de 11 de mayo de 1999; Informe 012-99/INDECOPI-CLC de 25 de noviembre de 1999; Informe 002-00/INDECOPI-CLC de 8 de febrero de 2000; Informe 008-00/INDECOPI-CLC de 19 de octubre de 2000; Informe 009-00/INDECOPI-CLC de fecha 11 de octubre de 2000; Informe 013-02/INDECOPI-CLC de 15 de octubre de 2002; Informe 014-02/INDECOPI-CLC de 15 de octubre de 2002.

"(...) Resulta claro, entonces, que las autoridades administrativas en general carecen de competencia para evaluar la política de precios que decide adoptar una determinada empresa, (...)"

El criterio sobre la fijación de precios ha sido ratificado recientemente por la actual Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI en su Resolución 131-2003/TDC-INDECOPI del 11 de abril de 2003 (Maersk Perú S.A. v. Asociación Peruana de Prácticos Marítimos y otros. Expedientes acumulados 3-2002-CLC y 4-2001-CLC) en la que se señala que:

"(...) el monopolio no es condenado per se por la legislación nacional y, en consecuencia, la imposición unilateral de precios por un monopolio tampoco puede ser condenada bajo los alcances del Decreto Legislativo 701".

Lo indicado en el reciente caso también es plenamente consecuente con lo expresado por diversos pronunciamientos de esa Sala tal como se indica a continuación:

"(...) con respecto a la solicitud de la denunciante para que se establezca un precio a la leche fresca, se debe reafirmar que, de acuerdo con lo manifestado precedentemente, la Comisión, en ningún caso tiene competencia para establecer precios a los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado".⁴⁶

"(...) Respecto del presunto abuso de posición de dominio por el establecimiento de un precio excesivo, de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 701 y tal como lo sostuvo en la Resolución 003-93-INDECOPI/CLC, no corresponde a la Comisión de Libre Competencia establecer ni pronunciarse respecto al nivel de precios de venta o compra, de cualquier producto o servicio, siendo que ellos deben fijarse libremente por el mercado. Al respecto, es pertinente indicar que en el caso de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI mediana para prevenir el abuso de posición de dominio no pueden de ninguna manera ser convertidas en forma de control de precios, ya que ello resulta inconsistente con la promoción de la competencia. Por tanto, la Comisión de Libre Competencia considera que dicha pretensión debe ser declarada IMPROCEDENTE".⁴⁷

Según lo expuesto hasta ahora, resulta claro que el INDECOPI, así como cualquier otro ente estatal no posee facultades para controlar los precios de los bienes y servicios. En consecuencia no puede pronunciarse sobre el carácter excesivo de precios salvo que se trate de un servicio público. De hacerlo se estaría produciendo una violación o torciendo la interpretación de la ley, lo que se conoce como prevaricato.

VII. LOS PRECIOS EXCESIVOS EN EL DERECHO EUROPEO

A continuación se analizará el desarrollo de la figura de los precios excesivos en la Unión Europea. Para ello, resulta necesario repasar los antecedentes de la normativa europea y el contexto político en la que se originó.

Posteriormente, siguiendo en parte lo señalado por Gerber, dividiremos el desarrollo del concepto de abuso contenido en el Tratado de Roma en tres etapas.⁴⁸ Primero, aquella en la que

⁴⁶ Resolución 003-93-INDECOPI/CLC de 31 de agosto de 1993, en el caso de Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera del Sur - FONGALSUR v. Gloria S.A. por presunto Abuso de Posición de Dominio y Prácticas Restrictivas de la Competencia.

⁴⁷ Resolución 004-98-INDECOPI-CLC de 30 de septiembre de 1998.

⁴⁸ GERBER, David J., *Law and the abuse of economic power in Europe*, 62 Tulane, Law Review, pp. 36-100. Igualmente resulta importante tomar en consideración la extraordinaria contribución del mismo autor a la historia del derecho de la competencia. *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Consumers*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

la Comisión intentó establecer un marco teórico para la interpretación del concepto. Luego, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea instituyó principios básicos para su interpretación. Finalmente, el momento en el cual el Tribunal empezó a introducir conceptos que intentaban brindar luces acerca de cómo aplicar tales principios.

Antes de ello se adelantará una reseña histórica de la normativa Europea previa a la adopción del Tratado de Roma de 1957, el mismo que incorpora en sus artículos 81 y 82, la normativa básica sobre libre competencia.

1. Antecedentes de la normativa europea

1.1. Inglaterra y Estados Unidos de América

Como es ampliamente conocido, la normativa sobre Libre Competencia o antimonopolios tiene su origen remoto en lo que en el derecho contractual anglosajón de inicios del Siglo XV se conoce como la prohibición de los "contratos tendientes a limitar el comercio", las "combinaciones" o las "conspiraciones", la misma que consideraba ilegal que dos o más personas o emprendedores se pusieran de acuerdo para fijar precios o para limitar el ingreso de nuevos competidores en el mercado.

La disciplina contractual anglosajona sobre limitaciones del comercio fue perfeccionándose jurisprudencialmente con el transcurrir de los años, y no se verifica ninguna normativa específica referida a la competencia hasta que se promulga el Statute of Monopolies,⁴⁶ adoptado en la Gran Bretaña en 1624 como consecuencia del influjo de uno de los más importantes juristas ingleses, Sir Edward Coke.⁴⁷ Dicho Estatuto más que una ley de libre competencia tal como la entendemos hoy en día, constituía un texto con vocación anti-mercantilista que apuntaba principalmente a impedir que el poder económico se concentrara en unos pocos privilegiados cercanos al Rey de Inglaterra, además de impedir que terceros ingresaran o fueran desplazados del mercado.

Cabe indicar que en la Gran Bretaña, con la finalidad de fijar precios, nunca se empleó la prohibición de los contratos que limiten el comercio contenida en su *common law*, ni la normativa sobre monopolios. Ello tan solo se verificó de manera aleatoria y esporádica en el marco de las disposiciones sobre acaparamiento y especulación, denominadas *forestalling, engrossing and regrating*,⁴⁸ las mismas que a finales del Siglo XVIII⁴⁹ empezaron a perder importancia y vigencia conforme fueron imponiéndose los principios del liberalismo económico propugnados por los enciclopedistas y, particularmente Adam Smith.

⁴⁶ 21 Jac., 1, v.3.

⁴⁷ Sir Edward Coke (1552- 1634). Juez, autor de diversos tratados jurídicos y eminente político, quien en sus limitaciones del Derecho inglés había desarrollado la tesis de la ilegalidad de principio de los monopolios, incluso los del Rey de Inglaterra. Según Coke los monopolios estaban prohibidos por el Derecho: *every without the law, never without friends*.

⁴⁸ Cabe destacar que esta normativa se aplicó únicamente en los casos de productos de pan llevar, lo mismo que encajaba perfectamente dentro de la política medieval de fijación de precios o era consistente con las teorías económicas mercantilistas. LETWIN, William, *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Anti-Trust Act*, Capítulo 2, 1965, pp. 18-52. La cita proviene de: GAVIL, Andrew I, *An Antitrust Anthology*, Anderson Publishing Co., p. 7 y ss.

⁴⁹ Las leyes sobre acaparamiento y especulación comenzaron finalmente a ser derogadas en 1772, proceso que culminó en 1844 cuando, incluso, se eliminó la posibilidad de aplicarlas sobre la base de los precedentes. Se consideraban un mecanismo de control de precios. Incluso, en el marco del debate parlamentario tendiente a su derogación se estableció: *"it hath been found by experience that the restraint laid by several statutes upon the dealing in corn, wool, flour, cattle, and sundry other sorts of victuals, by preventing a free trade in said commodities, have a tendency to discourage growth, and to enhance the price of the same"*. LETWIN, William, *op.cit.*, p.10. Resulta importante destacar que los mecanismos tendientes a evitar precios excesivos, como es el caso de la normativa sobre acaparamiento y especulación, se consideraba como contraria a los principios mercantiles del libre mercado.

Los principios liberales y mecanismos jurídicos ingleses se trasladaron a los Estados Unidos de América (su colonia), país que los incorpora plenamente en su sistema jurídico. En efecto, Estados Unidos tiene el terreno preparado para incorporar fácilmente los precedentes ingleses sobre la prohibición del derecho contractual en lo atinente a las restricciones o combinaciones que limitan el comercio. Ello se verifica debido a que contaban con el mismo sistema legal, además de que en ese país los ideales de libertad eran mucho más sólidos. Esta es la razón por la que en Estados Unidos tampoco se desarrolla un mecanismo de control de precios y se acoge medianamente la normativa sobre acaparamiento y especulación de bienes escasos en el mercado.

Conforme se avanzó el desarrollo industrial de los Estados Unidos, particularmente después de su Guerra de Secesión (1861-1865); conjuntamente con los inequívocos esfuerzos tendientes a promover la integración de su territorio, se produjo una clarísima expansión de su economía. Esta, sin embargo, comenzó a verse afectada por ciertos grupos económicos que, con objeto de evitar que ingresaran nuevos competidores, definieron como política empresarial el celebrar acuerdos (de naturaleza horizontal) que tenían el propósito de obligar a los nuevos entrantes a incorporarse al acuerdo o, alternativamente, que estaban destinados a excluirlos del mercado en caso de no lo hicieran. En definitiva prácticas de exclusión.

Sin embargo los esfuerzos de dichas empresas enfrentaban la tradicional prohibición de los "contratos tendientes a limitar el comercio"; la misma que, tal como se señaló anteriormente, había sido incorporada al sistema legal norteamericano. Por ello, a fin de soslayar la aplicación de la referida prohibición idearon un mecanismo sumamente ingenioso en un momento en el que todavía no se había consagrado la teoría de la ruptura del velo corporativo: las empresas competidoras "encargaban" la administración de sus acciones a un fideicomisario o "trust".

Esta resultó una solución jurídica sumamente conveniente e ingeniosa para evitar que se aplicara a los "trust" las prohibiciones sobre combinaciones. En efecto, visto que se confería a una única entidad (el "trust") el control de operaciones mercantiles, se marginaba la prohibición contenida en el derecho contractual, puesto que no se trata de un acuerdo celebrado entre varias empresas, sino que se refiere a una sola entidad que gozaba de poder de mercado. El razonamiento era simple: visto que una sola corporación controla el mercado, resulta inaplicable la prohibición sobre contratos que lo limiten.

Es precisamente como reacción a la consolidación de los "trusts", los mismos que generaban una concentración del poder económico y tenían consecuencias de índole política (posibilidad de la captura del Congreso o del Ejecutivo), que en 1890 se promulga la famosa *Sherman Act* de los Estados Unidos de América, la misma que resuelve el problema de los "trust" y se erige como la verdadera primera ley sobre libre competencia a nivel mundial.⁵³ La norma prohíbe en sus Secciones 2 y 3 los acuerdos o intentos de monopolización del mercado.

Tal como se indicó anteriormente, dicha norma se adopta como reacción a la concentración del poder económico de ciertos grupos empresariales, los mismos que, empleando el mecanismo de fideicomiso ("trusts") habían logrado circunvalar o evitar una posible aplicación de las leyes sobre acaparamiento y especulación,⁵⁴ así como la importantísima estructura jurídica que se había

⁵³ Ver: *Report of the House Committee on Manufactures*, H.R. Rep., Número 3113, 50th Congress, 1st Sesión, July 30, 1888; así como el *24th Congress Records, Statements of Senators Sherman and Stewart*, 2456-60, 1890. THORELLI, Ross, *The Federal Antitrust Policy: Originations of an American Tradition*, 1954, pp. 225-32. Cita proviene de: GAVIL, Andrew L., *An Antitrust Anthology*, Anderson Publishing Co., p. 44 y ss.

⁵⁴ Fideicomisos de los diamantes, del petróleo, whisky, algodón, aceite de algodón, plomo, antimonio, ferrocenitas, cemento, etc., los mismos que de simples asociaciones o "combinaciones" de empresas, pasaron a unificarse en una sola corporación y generar un monopolio. Ver: SRELAR, Martin E., *The Corporate Reconstruction of American Capitalism*, 1988, pp. 93-105. Adicionalmente: HORWITZ, Morton J., *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, 1992, pp. 80-82. Cita proviene de: GAVIL, Andrew L., *Antitrust Anthology*, Anderson Publishing Co., p. 14 y ss; y 23 y ss.

creado en el marco del derecho contractual para sancionar las "combinaciones tendentes a limitar el comercio".²⁸

Del mismo modo cabe poner de relieve que la estructura jurídica sobre limitaciones contractuales a la libertad de comercio se preocupó por la coacción y por la eliminación de las partes no integrantes en la combinación. En efecto, previo a la adopción de la Sherman Act, la fijación de precios nunca fue acogida por las cortes, tampoco fue considerada como ofensa e, incluso, nunca fue objeto de denuncias por terceros. El derecho tan solo se puso en acción cuando los empresarios combinaban sus fuerzas para cohesionar a terceros recalcitrantes para adherirse a sus términos. Por lo tanto, solo se condenaba a las negativas de trato concertadas o el boicoteo.

En resumen, tanto en el derecho de contratos como luego de la promulgación de la normativa sobre libre competencia o antitrust en los Estados Unidos, solo se condenó las "prácticas de exclusión", no así lo que teóricamente se conoce como "prácticas explotativas". Ello lleva indubitablemente a afirmar que, desde sus orígenes, el derecho de la competencia no se concibió como un instrumento para fijar ni directa ni indirectamente los precios de los productos o servicios.

1.2. Alemania y la Unión Europea

La idea de que ciertas conductas empresariales podían resultar abusivas comenzó a ser discutida en Europa a finales del Siglo XIX. Ello se verificó en el ambiente extremadamente intelectual y liberal de Austria y Alemania. Sin embargo, la actitud en esos países fue diametralmente opuesta a la de los Estados Unidos de América. En efecto, en Austria los esfuerzos a favor de promover un sistema de competencia se vieron ahogados por otras prioridades de índole política. En Alemania, a pesar que su economía de fines del Siglo XIX estaba altamente salpicada de acuerdos restrictivos de la libre competencia o "cárteles", condenados por connotados intelectuales de la época, la Corte Suprema o Reichsgericht sorprendentemente declaró en 1897 la licitud de los cárteles en la medida que fueran constituidos de buena fe.²⁹ La decisión de la Corte Suprema también consideró, en un razonamiento completamente opuesto al de los Estados Unidos y primitivo conceptualmente, que los cárteles no podían ser sancionados debido a que ello lo impedían los principios de libertad contractual y de libre comercio que habían sido acogidos luego de la unificación alemana. Una paradoja por cierto.

La interpretación de la Corte Suprema no impidió que el tema de los acuerdos o cárteles fuera cuestionado ardorosamente por economistas y juristas que, influidos por los postulados de los primeros liberales austriacos, atacaran dicha decisión por considerarla contraria a los fundamentos del mercado. En efecto, se consideraba que la normativa anticárteles tenía como propósito fundamental proteger el mercado y promover la competencia. La lucha ideológica en favor de una normativa sobre libre competencia llevó finalmente a que en 1923, durante la denominada República de Weimar, se promulgara la primera ley sobre libre competencia, tanto para Alemania como para el resto de Europa. Ella se denominó "Reglamento contra el Abuso de las Posiciones de Poder Económico" o "Reglamento de Cárteles"³⁰ y es la que introduce el concepto de comportamiento abusivo. Sin embargo, cabe destacar que en esa época la expresión "abuso del poder económico" se refiere y confunde con la finalidad de los cárteles (fijar precios mediante

²⁸ LETWIN, William, op. cit., p.12 y ss.

²⁹ Caso del cárdel de la pulpa de papel en Sajonia. FIKENTSCHER, Wolfgang, *La tres funciones del control de la economía* (Derecho antimonopolista), *Revista de Derecho Mercantil*, 1988, p. 829 y ss. Un análisis detallado aparece en: GERBER, David J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 91 y ss.

³⁰ *Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtverhältnisse*, 1923. Aparece en el *Rechtsgesetzblatt* (RGBl.) I, 1067 del 2 de noviembre de 1923.

acuerdos), más que a la noción de hoy en día conocemos como "abuso de posición de dominio", la misma que está claramente diferenciada de los acuerdos restrictivos de la competencia. En otras palabras, lo que hoy conoceremos como abuso de posición dominante, en esa época era lo mismo que acuerdos restrictivos de la competencia y dentro de los que se encuentra como uno de sus supuestos la fijación de precios.

La normativa alemana de 1923, cabe destacar, se adopta en un periodo de gran inestabilidad económica, caracterizada por un incremento generalizado de los precios y por un sostenido proceso inflacionario. Empero, su aplicación enfrentaba la limitación ideológica que señalaba que el Estado estaba en el deber de proteger la economía y fomentar la concentración.³⁸

En efecto, cabe destacar que Alemania sufrió un proceso hiperinflacionario luego de la Primera Guerra Mundial, de ahí que la principal finalidad de la normativa de 1923 apuntó a evitar que, utilizando mecanismos especulativos, las empresas que gozaban de un poder significativo en el mercado se aprovecharan de la escasez de productos existentes en aquella época de posguerra para elevar los precios de los productos. En este sentido, la noción de precios excesivos se vincula, en lo que respecta a sus orígenes, con las normas contra la especulación y acaparamiento a través de las cuales resulta necesario fijar precios o establecer un mecanismo de control de precios. No obstante, en lo que respecta a la aplicación de la normativa alemana de esa época, las sanciones que se imponían solían consistir en la prohibición de determinados contratos anticompetitivos.³⁹

Si bien esta normativa fue aplicada con relativa efectividad por unos años, fue reemplazada en 1933 por la legislación del partido Nazi, cuya finalidad, justamente era la de promover cárteles en su economía. En dicho año se emitió en Alemania la Ley sobre Cárteles Obligatorios, a partir de la cual el gobierno asumía el derecho a consolidar empresas como un medio de regular el mercado y reducir la competencia. Asimismo, en 1936 se creó la oficina del Comisionado del Reich para la Fijación de Precios, cuya finalidad era garantizar precios económicamente justos. Estos mecanismos, no obstante, tenían como principal finalidad beneficiar a los grupos económicos que, en su momento vendrían a financiar la economía de guerra y la campaña militar-armamentista del dictador Adolfo Hitler.⁴⁰

Luego de la Segunda Guerra Mundial, las políticas y leyes de protección a la competencia volvieron a ser apreciadas como un instrumento para combatir la inflación y la escasez de productos. Ello resulta obvio luego de una guerra que prácticamente destruyó los medios de producción de Alemania. Asimismo, fueron vistas como una opción a las políticas de mercantilismo económico existentes durante la guerra. Por ello, el Reino Unido, Holanda, Suecia, Noruega, Dinamarca y Bélgica desarrollaron normativa que se basó en lo que se conoció como el modelo de control administrativo de la legislación de competencia. Este modelo se sostenía en la idea de que ninguna conducta - incluida la monopolización - es negativa *per se*. Una conducta solamente podía ser prohibida si es que es "abusiva", es decir, si sus efectos nocivos son mayores que sus efectos socialmente positivos.⁴¹

³⁸ FIRENTSCHER, Wolfgang, op. cit. p. 463.

³⁹ GEREER, David, op. cit., pp. 62-64.

⁴⁰ PIPES, Richard, *Propiedad y Libertad. Fondo de Cultura Económica*, 2003, pp. 237, 289. En esa misma línea de pensamiento se argumenta FIRENTSCHER, Wolfgang, op. cit., p. 12.

⁴¹ Este modelo también tuvo consigo la idea de que la legislación sobre competencia debía ser aplicada por agencias administrativas en vez de cortes. La razón es que las primeras nunca tienen una experiencia técnica para evaluar si es que se trata de una práctica que afecta a la libre competencia. El problema, sin embargo, es que los cuerpos administrativos en Europa han demostrado ser más permeables a presiones políticas que los organismos judiciales.

Paradójicamente, como puede verse, esta normativa se creaba bajo finalidades contradictorias. Por un lado, se pretendía escapar del mercantilismo nazi y fascista y lograr un mercado menos contaminado por las preferencias estatales. Por otro lado, sin embargo, era considerada un instrumento para luchar contra la inflación y los precios altos, estableciendo controles que precisamente terminaban atentando contra la libertad económica que supuestamente se buscaba.

La primera normativa Europea - como hemos visto - surge como una respuesta a la depresión y los procesos inflacionarios sufridos por Europa luego de las grandes guerras. La imposición de sanciones a las empresas que establecieran precios abusivos no fue una política basada en consideraciones económicas que apuntaban a buscar el bienestar del consumidor o "*consumer welfare*". Estas nociones recién empiezan a ser atendidas por la doctrina y jurisprudencia internacional de manera significativa a mediados de los '70 y en la década de los '80, cuando Ronald Reagan nombra en puestos claves de su gobierno a representantes de la escuela de Chicago, los cuales logran un giro importante en el manejo económico de su país.

Más bien, la idea de que debía obligarse a las empresas que establecieran precios muy elevados a reducirlos, era un mecanismo de control de la inflación acorde con las ideas económicas imperantes en la época. Luego de la gran depresión, la idea que el Estado debía intervenir en la economía para morigerar los excesos del capitalismo, terminar con la pobreza y el desempleo, así como brindar a todos los ciudadanos un estándar de vida respetable cobró más fuerza que nunca. Si bien antes de dicha época ya existían ciertas regulaciones de tinte socialista en Europa, es recién a partir de la depresión de 1929 y luego -con más fuerza aún- a raíz de las negativas consecuencias económicas de la Segunda Guerra Mundial, que empieza a primar la idea de un "Estado interventor y de bienestar".⁴²

Prueba de ello es que en 1945 el Gobierno Laborista inglés propulsó una serie de medidas supuestamente destinadas a - supuestamente - elevar el bienestar de la sociedad. Quizás la más importante fue la diseñada por el ministro Aneurin Bevan - un laborista de padre socialista y fuertemente influenciado por Max y Engels - la National Health Act de 1947. Esta norma establecía servicios de salud gratuitos - supuestamente del más alto nivel - para toda la población, sin haber considerado en dónde el gobierno encontraría financiamiento para dichos servicios.⁴³ Asimismo, diversos países de Escandinavia, Francia y Alemania, entre otros, desarrollarían sistemas de seguridad social destinados a brindar mayores servicios que el sistema inglés.

La idea de que el mercado debía ser corregido mediante una profunda intervención estatal sin llegar al extremo comunista se encontraba en boga en aquella época. Y una de las tantas medidas existentes para paliar los "excesos del mercado" era el control de precios. Esta, para los gobernantes, era la medida más inmediata para intentar poner al alcance de los ciudadanos una serie de bienes cuyo precio consideraban demasiado alto.

⁴² Los cimientos políticos del Estado de Bienestar se encuentran en Alemania durante la década de 1880. Bismarck, alarmado por la popularidad que estaba alcanzando el Partido Social Demócrata, estableció -en 1882, 1884 y 1889- leyes que creaban el seguro nacional contra la enfermedad, accidentes, vejez e invalidez. A fines del siglo XIX también se dieron las primeras leyes de este tipo en otros países de Europa continental, así como en Australia y Nueva Zelanda. En Inglaterra, por su parte, a principios del siglo XX se dieron la Ley de los Trabajadores Desempleados, la Ley de Compensación a los Trabajadores, la Ley de Pensiones de la Vejez, la Ley Nacional del Seguro y la Ley del seguro Múltiple. Todos estos programas sociales, no obstante, eran un intervencionismo insignificante frente a los controles e intervenciones en el mercado que surgieron a partir de la década de 1930. Sobre los problemas inherentes al Estado de Bienestar y a las políticas de redistribución de la riqueza puede verse: PASQUEL, Enrique y Sofía, Gerardo. *La falsa leyenda de Robin Hood. Los dilemas económicos y filosóficos de la redistribución de la riqueza*, en: *Los Verinos*, 26, pp. 310-327.

⁴³ Acuerdo de la National Health Act y la influencia de Aneurin Bevan puede consultarse: GILBERT, B.S., *The Evolution of National Insurance in Great Britain: The Origins of the Welfare State*, London, 1966. También puede verse: www.nhs.uk/about/history/bevan.htm.

En estos años, además, la idea de que el Estado debía intervenir de distintas formas en el mercado no solo tuvo un fundamento ideológico. También desarrolló cierto sustento técnico. En dicha época la escuela económica imperante era justamente el keynesianismo. De hecho, después de la II Guerra Mundial, el plan Marshall y las políticas anticíclicas fueron diseñadas sobre la base de esta teoría. Incluso, John Maynard Keynes, como gobernador del Banco de Inglaterra, fue el representante inglés en la conferencia de Bretton Woods.

El keynesianismo es una teoría que, originalmente, planteaba que los Estados podían combatir los ciclos inflacionarios y depresivos de la economía mediante una decidida y fuerte intervención estatal. Los mecanismos propuestos, principalmente, eran el aumento del gasto estatal para aumentar la demanda de productos y la emisión monetaria. A fin de cuentas, el keynesianismo era una teoría económica que pretendía solucionar los ciclos económicos depresivos haciendo que el Estado intervenga de manera importante el mercado. La teoría keynesiana se promocionaba como una alternativa a la economía ortodoxa, y al capitalismo. En suma, un suerte de tercera vía entre este y el comunismo.

Si bien Keynes no abogaba por la fijación de precios, sus ideas contribuyeron a la generalizada creencia que el desarrollo económico de los pueblos solamente podía conseguirse mediante una fuerte intervención estatal, lo que abrió el paso para medidas como el control de precios. La mejor prueba de ello es que la enorme mayoría de gobiernos que aplicaban la teoría keynesiana a su economía, se caracterizaban por controlar sin reparos los precios de distintos bienes comercializados en el mercado. Paradójicamente, los precios que buscaban controlar habían aumentado como consecuencia de los procesos inflacionarios generados por el modelo keynesiano.⁴⁴

En este escenario ideológico, la posibilidad de que el Estado sancione el establecimiento de precios demasiado elevados para combatir la inflación calzaba perfectamente.

Como veremos posteriormente, cuando la comunidad internacional empieza a dejar de lado las ideas de la escuela de Keynes y advierte los graves efectos económicos de sus propuestas y de las populares medidas socialistas, la sanción al establecimiento de los precios excesivos deja de tener un respaldo teórico-conceptual en el que apoyarse. Ello - sumado a lo difícil que es su aplicación práctica - explica en buena cuenta lo tímidas que han sido las cortes Europeas para utilizar esta figura.

El concepto de abuso que fue desarrollado en los países Europeos sería luego recogido por dos instrumentos en los que se inspiraría el Tratado de Roma para desarrollar esta misma noción: la ley alemana (GWB) de 1958⁴⁵ y la Comunidad Europea de Carbón y Acero (CECA).⁴⁶ Esta última fue creada en 1951 como un primer paso hacia el desarrollo de la Comunidad Económica Europea.⁴⁷

⁴⁴ La facilidad con la que las ideas de Keynes fueron adoptadas por los socialistas y lo poco lógicas que pueden llegar a ser sus propuestas son bien resumidas en esta cita de Ludwig von Mises: "To such people the Keynesian slogan appeared strongly. Here they found what they were looking for. If demand lags, create 'effective' demand by expanding credit! If there is unemployment, print more money! If you want to increase 'the real national dividend of useful goods and services, then 'dig holes in the ground paid for out of savings!' And, first of all, do not save, spend!". MISES, Ludwig von. "Freedom and Interventionism". Versión digital en www.mises.org.

⁴⁵ Ley de Carteles o Kartellgesetz de 1 de enero de 1958 conocida por sus siglas GWB. Sobre sus orígenes ver FUKENTSCHER, Wolfgang, pp. 463. Esta norma se considera como la ley "fundamental en la economía".

⁴⁶ Tratado que crea la Comunidad Europea del Carbón y el Acero. Tratado de París suscrito el 18 de abril de 1951 y al que se integran los 6 países que posteriormente dan origen a la Comunidad Europea: Alemania, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos e Italia. Las normas de competencia aparecen a nivel de sus artículos 65 y 66 referidos a la prohibición de acuerdos y de abuso de una posición dominante en el mercado. El contenido de los referidos preceptos es el antecedente inmediato de la normativa comunitaria europea.

⁴⁷ BEER, Gerhard. *The European Coal and Steel Community: A Political and Legal Innovation*, 63 YALE L. Rev. 1, 1953.

En 1957 se conformó la Comunidad Económica Europea mediante el Tratado de Roma,⁶⁶ el cual incluyó el abuso de posición de dominio como una infracción a la libre competencia. La integración económica europea - y las normas que se dictaron para este propósito - tenía una finalidad política. Las naciones participantes esperaban que el desarrollo de fuertes y estrechos lazos comerciales impidiese que la historia de una Europa dividida por una sanguinaria y devastadora guerra se repitiese. Para conseguir este objetivo, el Tratado de Roma contenía normativa como la descrita, que buscaba reducir las barreras que impedían lograr economías más integradas.

El Tratado de Roma no define el concepto de abuso y no existen una exposición de motivos o materiales preparatorios que colaboren a llenar este concepto.⁶⁷ Simplemente, en su artículo 82 (antes 86), señala cuatro ejemplos específicos de conducta abusiva: precios o términos contractuales injustos; limitación de la producción, mercados o desarrollo tecnológico en perjuicio de los consumidores; discriminación; y, prácticas de atadura.

2. Primer período: 1958-1968

Durante la primera década de la CEE, el artículo 82 del Tratado de Roma fue muy poco utilizado, especialmente en lo que se refería a sanciones por el establecimiento de precios abusivos. Una importante razón fue la política económica común existente en dicha época. Una de las principales preocupaciones de los Estados Miembros de la Comunidad consistía en el fortalecimiento de las empresas europeas para que se encontraran en capacidad de competir con las industrias norteamericanas. Ello llevó a la Comisión a evitar en la medida de lo posible la imposición de sanciones que debilitaran el poder económico de las empresas europeas.⁶⁸

Como seguiremos apreciando, el Derecho de la Competencia europeo se diferencia del norteamericano en que persigue una gran variedad de finalidades, a menudo contradictorias o difíciles de conciliar.⁶⁹ Mientras que en los Estados Unidos el derecho Antitrust busca básicamente la promoción de un mercado competitivo, el Tratado de Roma también persigue la integración de la Comunidad Europea. Ello hace que en numerosos casos se haya tolerado ciertas prácticas que limitaban la libre competencia pero que fortalecían a las empresas europeas frente a las del resto del mundo o que contribuían a la integración.⁷⁰

Otra razón que influyó en la tímida aplicación de sanciones por establecimiento de precios abusivos fue que en aquella época los precios en gran número de mercados se encontraban regulados. Paradójicamente, por un lado, los Estados europeos buscaban la consolidación de sus empresas frente a las norteamericanas. Por otro lado, sin embargo, establecían controles de precios que buscaban remediar el problema del aumento progresivo del monto cobrado por

⁶⁶ Tratado de Roma que instituye la Comunidad Económica Europea. Entre en vigor el 1 de enero de 1958.

⁶⁷ El antecedente más cercano lo constituye un famoso Informe Spaak: "Comité Intergouvernemental Créé Par la Conférence de Messine. Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Étrangères", 1956, pp. 16-23.

⁶⁸ SAMKALDEN & DRUCKER, *Legal Problems Relating to Article 86 of the Rome Treaty*, Common Mkt. L. Rev. 158, 162, 1966, pp. 1965-1966.

⁶⁹ SULLIVAN, Lawrence y FIKENTSCHER, Wolfgang, 16 *Berkley J. Int'l L.* 197, 1998, p. 230. La multiplicidad de objetivos contradictorios también es una característica del sistema alemán, que tuvo una decisiva influencia en el Tratado de Roma. En este sistema, se establecen como objetivos de la legislación de la libre competencia promover la eficiencia, la libertad de entrada al mercado, proteger las pequeñas empresas, proteger el medio ambiente, aumentar el empleo, promover la competitividad del país, etc. Ello vuelve al sistema alemán y al europeo reconocidamente problemático. Por un lado, al resolver casos concretos, a menudo se afecta uno de los objetivos por promover otro. Por otro lado, esta característica suele llevar a las cortes a resolver sobre la base de criterios poco técnicos y no económicos.

⁷⁰ DARA, Gabriel, *Antitrust Law in the European Community and the United States: A Comparative Analysis*, 47 *La. L. Rev.*, p. 764

distintos bienes y servicios como consecuencia de los ciclos inflacionarios a los que se encontraban sometidos. Al estar señalados legalmente los precios máximos en varios mercados, no era posible que las empresas que operaban en los mismos establecieran un "precio excesivo" en los términos del Tratado de Roma.

Esto confirma lo que señalamos anteriormente respecto de que la normativa europea se ha caracterizado por perseguir múltiples objetivos políticos e ideológicos, a menudo contradictorios.

En 1966, la Comisión emitió un Memorando sobre Concentración, el mismo que desarrollaba la concepción de abuso de posición de dominio.⁷⁵ Básicamente, en este respecto, el documento señalaba dos importantes puntos: (i) Una situación de abuso se presenta cuando una empresa con posición de dominio utiliza su poder económico para obtener beneficios que no obtendría si se encontrara en un escenario de competencia efectiva. (ii) Una situación de abuso se presenta si la conducta de la empresa con posición de dominio afecta los objetivos señalados por el tratado.

Como puede observarse, este marco teórico establecido por la Comisión era poco más que conceptos vacíos que intentaban llenar el lugar de otros conceptos vacíos. Las preguntas que naturalmente surgían eran ¿qué beneficios obtiene una empresa con posición de dominio en un escenario de competencia efectiva y en un escenario opuesto?; así como, ¿qué objetivos establece el tratado que puedan ser afectados por una empresa con posición de dominio?

3. Segundo periodo: 1968-1974

A fines de los 60's y principios de los 70's, a la Corte de Justicia Europea le fueron remitidos tres casos para que emitiese una opinión consultiva sobre ellos: *Sirena S.r.l. v. Eda GmbH*,⁷⁶ *Deutsche Grammophon GmbH v. Metro-SB-Grossmarkte GmbH*⁷⁷ y *Parke, Davis and Co. V. Probel, Reese, Beintema-Interpharm & Centrafarm Companies*.⁷⁸ En todos estos casos la Corte debía pronunciarse acerca de si una empresa con posición de dominio que es titular de derechos de propiedad industrial viola el artículo 82 si utiliza estos para elevar los precios.

Como puede observarse, estos son los primeros casos donde se empieza a vislumbrar la posibilidad de sancionar a alguna empresa por el cobro de precios abusivos, bajo la normativa del Tratado de Roma.

La Corte, sin embargo, se limitó a señalar que el nivel del precio de un determinado producto no es por sí mismo un indicador necesario de abuso de posición de dominio, contemplado dentro del artículo 86. Sin embargo, puede ser un indicador decisivo cuando es particularmente alto y no se encuentra justificado por las circunstancias. La Corte no ofreció una mayor explicación acerca de qué circunstancias consideraba que justificaban un precio particularmente alto. Así, mantuvo la oscuridad que ya existía sobre la figura de los precios excesivos contemplada por el Tratado de Roma.⁷⁹

⁷⁵ *European Economic Community Commission: Memorandum sur le Problème de la Concentration dans le Marché Commun de l'Industrie de 1966*.

⁷⁶ *Sirena S.r.l. v. Eda GmbH*, (1971-1973 Transfer Binder), Common Mkt. Rep., CCH 8101, p. 7103 (C.J.E. Comm. 18 de febrero de 1971).

⁷⁷ *Deutsche Grammophon GmbH v. Metro-SB-Grossmarkte GmbH*, (1971-1973 Transfer Binder), Common Mkt. Rep., CCH 8105, p. 7183 (C.J.E. Comm. 8 de junio, 1971).

⁷⁸ *Parke, Davis and Co. V. Probel, Reese, Beintema-Interpharm & Centrafarm Companies*, (1961-1970 Transfer Binder), Common Mkt. Rep., CCH 8054, p. 7810 (C.J.E. Comm. 29 de febrero de 1968).

⁷⁹ Durante esta época, la Corte emitió otras pronunciamientos que fueron importantes para definir el concepto de abuso, pero que no desarrollamos pues no se encuentran relacionados con la modalidad de precios excesivos, sino con otras infracciones al artículo 86. Entre fueron: (i) *Consten/Grain Processing* (1972); y (ii) *Commercial Solvents* (1974).

4. Tercer período: De 1975 a la actualidad

En este período, que empieza a mediados de los años '70, la Corte resuelve dos casos que brindan más luces acerca de cómo debe determinarse que existe una infracción al Tratado de Roma por establecer precios excesivos o abusivos. No obstante, como podrá verse, estos criterios son sumamente vagos, incompletos e imprecisos. Las razones que explican estos confusos desarrollos jurisprudenciales no son, evidentemente, una falta de capacidad de los jueces de la Corte Europea de Justicia. Más bien, tienen su origen en la falta de respaldo ideológico y teórico para desarrollar la figura.

Por un lado, como veremos adelante con más detalle, es sumamente complicado para una Corte establecer criterios claros, técnicos y objetivos que permitan establecer de antemano que un precio es excesivo.

Por otro lado, el contexto político-ideológico en el que la figura de los precios excesivos se originó había cambiado sustancialmente. Recordemos que en la época en la que surge la figura, las economías de los Estados Unidos y las democracias del occidente europeo tenían una fuerte influencia de los partidos de izquierda o centro-izquierda que se encontraban en el poder. Bajo estas ideas, no constituía un problema mayor sancionar el establecimiento de precios excesivos. A fin de cuentas, los mismos Estados diariamente promulgaban normas de control de precios.

A mediados de los '70, sin embargo, los enormes estados de bienestar, las ideas socialistas y la teoría original de Keynes en las que los partidos de izquierda apoyaron en buena medida sus planes de gobierno se encontraban bastante desacreditados. Por un lado, las políticas de intervención estatal de las democracias de occidente las habían llevado al estancamiento económico y a períodos inflacionarios más graves que aquellos de los que inicialmente pretendieron salir aplicando las ideas de Keynes. Por otro lado, la crítica proveniente de la escuela económica austriaca y de la escuela monetarista demostró los graves problemas que suponían un Estado desmesurado, una emisión descontrolada de moneda y el control estatal de los precios del mercado. Finalmente, el éxito de los planes económicos de los gobiernos de Reagan y Thatcher terminó de sepultar las viejas fórmulas de intervencionismo estatal.

En un contexto político-ideológico donde los controles de precios se encontraban ampliamente desacreditados y que abría el paso a la liberalización de los mercados internacionales, era tremendamente complicado para la Corte Europea de Justicia aplicar decididamente sanciones por el establecimiento de precios excesivos. Esto, pues, al final del día, dichas sanciones terminaban siendo controles jurisdiccionales de precios.

Así, la dificultad técnica de establecer criterios claros para determinar cuándo un precio es excesivo y la carencia de un contexto político-ideológico que respalde la sanción de estas conductas, llevaron a que la Corte Europea de Justicia estableciera criterios poco claros de aplicación de esta normativa y fuese tan tímida al momento de sancionarlos.

Los casos más resaltantes de esta época fueron dos: *General Motors* y *United Brands*. Estos los desarrollamos a continuación. Sin embargo, posteriormente se presentaron nuevos casos de precios excesivos donde la Corte no llevó a cabo un mayor análisis y simplemente aplicó los confusos criterios establecidos en *General Motors* y *United Brands*. Estos casos posteriores fueron *British Leyland*, *Ministère Public v. Toumier*, *Alsattel v. Norvasam* y *NALCO British Cole Corporation*.

4.1. General Motors

El primer caso en el que la Comisión invocó el artículo 82 del Tratado de Roma para sancionar el establecimiento de un precio excesivo fue General Motors Continental N.V. v. Comisión of the European Communities.⁷⁹

La ley belga requería que todos los automóviles obtuviesen una certificación de cumplimiento de los estándares de seguridad. El proceso de certificación no presentó problemas para los automóviles importados a Bélgica y distribuidos a través de los canales regulares de venta, como los representantes autorizados de cada marca. Sencillamente, la empresa automovilística se encargaba de realizar todo el trámite. En cambio, los problemas surgieron con los automóviles importados por los mismos consumidores o por vías no regulares. Antes de 1973, la seguridad de estos vehículos era certificada por dependencias estatales. En marzo de 1973, sin embargo, el gobierno belga estableció que él solamente otorgaría certificaciones a automóviles usados que hubiesen sido registrados en el exterior por lo menos seis meses atrás. Los estándares de seguridad de automóviles nuevos ya no serían certificados por el Estado. Serían los fabricantes o distribuidores de vehículos los encargados de realizar el procedimiento de certificación.

General Motors Continental (GM) era una subsidiaria de General Motors que producía y distribuía automóviles en Europa. Inicialmente, su respuesta a esta súbita imposición de la obligación de certificar sus automóviles manufacturados en Europa y los Estados Unidos fue cobrar la misma tarifa sin importar la procedencia del automóvil. Sin embargo, una vez que analizó su estructura de costos, pudo determinar que el costo unitario de obtener la aprobación de los modelos manufacturados en Europa era sustancialmente menor al que suponía obtener la aprobación de automóviles manufacturados en los Estados Unidos. La razón, básicamente, era que los costos en el caso de los automóviles europeos se dividían entre un número mucho más alto de ejemplares. Por este motivo, GM, cuatro meses después, cambió la tarifa cobrada por llevar a cabo el procedimiento de certificación. A partir de dicho momento, cobraba 1,250 francos belgas por certificar un automóvil de procedencia europea y entre 5,300 a 7,000 francos belgas por certificar un automóvil de procedencia norteamericana.

La Comisión inició un procedimiento contra GM por establecer precios excesivos. En su análisis, no entró a determinar la estructura de costos de la empresa. Más bien, comparó los precios cobrados por GM por el procedimiento de certificación con lo que cobraban otras compañías belgas por certificar automóviles de sus propias marcas y con lo que cobraba el gobierno anteriormente para realizar este procedimiento.

GM reaccionó cambiando su estructura de precios, la cual fue aprobada por la Comisión. Esta, sin embargo, consideró que dicho cambio constituía una prueba adicional de que se trataba de precios excesivos, por lo cual sancionó a GM con una multa de 5'000,000 francos belgas (US\$ 100,000). En su resolución, lamentablemente, no se estableció claramente qué era lo que hacía excesivo a un precio. Aparentemente, lo que lo convertía en abusivo era simplemente la extraordinaria disparidad entre él y los costos de la empresa. Sin embargo, esto no quedaba absolutamente claro y no se explicaba por qué la sola disparidad hacía excesivo a un precio, ni tampoco se señalaba una regla que permitiera determinar que grado de disparidad era permitido y cuál prohibido.

GM apeló la decisión de la Comisión ante la Corte Europea de Justicia. Su decisión, sin embargo, tampoco brindó mayores luces sobre cuándo un precio debe ser considerado excesivo.

⁷⁹ *General Motors Continental N.V. v. Comisión of the European Communities*, [1975] E. Comm. Ct. J. Rep. 1367, 37 Common Mkt. L.R. 95, 1975; *General Motors Continental N.V.*, 18 O.J. Eur. Comm., L. 29, 14, 1975, 15 Common Mkt. L.R., 100, 1975.

La Corte estuvo de acuerdo en que la tarifa cobrada por GM era excesiva, no obstante, estableció que no se había infringido el artículo 82 del Tratado de Roma.

La decisión realmente no contuvo un mayor análisis. Por un lado, señaló que el abuso debe establecerse atendiendo a todos los factores involucrados y que GM había brindado una justificación adecuada de su conducta. Además, indicó, que GM había rectificado su inicial esquema de precios apenas tuvo conocimiento de que los mismos podían resultar excesivos, haciendo que respondan a su verdadero costo económico.

Como señala Adams, lo que parece desprenderse del confuso razonamiento de la Corte es que, aparentemente, una empresa con posición de dominio solamente puede cobrar un precio lo suficientemente alto para cubrir sus costos y una ganancia razonable. Un precio sobre tal nivel sería excesivo y, a menos que se encontrase justificado por las circunstancias, violaría el artículo 82 del Tratado de Roma.⁷⁹

Empero este análisis despierta más interrogantes que las que responde. ¿Cuáles son los costos relevantes para el análisis? ¿Cuál es una ganancia razonable y cuál no lo es? ¿Qué circunstancias justifican un precio excesivo? Ninguna de estas cuestiones encuentra respuesta en la resolución de la Corte.

4.2. United Brands

En *United Brands C. & United Brands Continental B.V. v. Commission of the European Communities*⁸⁰ el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas intentó establecer - sin mayor éxito - una guía más completa para determinar la existencia de un precio abusivo.

United Brands Company (UBC) era el productor y vendedor de plátanos más grande en el mercado común europeo y a lo largo del mundo. Era, además, líder en el mercado en innovación e integración vertical. Esta empresa empezó a establecer marcas en sus productos, siendo la primera los plátanos "Chiquita".

La exitosa campaña publicitaria y la notoria calidad de los plátanos Chiquita permitió a UBC cobrar un precio superior en un 30% o 40% al que cobraba por los plátanos que vendía sin marca y 7.5% superior al que cobraban sus competidores.

La Comisión denunció a UBC por discriminación de precios y también por precios excesivos. En su resolución comparó los precios que UBC cobraba a sus distribuidores en distintos países. Mientras que los irlandeses tenían los mejores precios, los Belgas y los Daneses tenían los más altos. Los belgas pagaban un promedio de 80% más que los distribuidores irlandeses, mientras que los daneses pagaban dos veces y medio los precios cobrados a los distribuidores de Irlanda. Así, utilizando este método de análisis comparativo de los mercados aprobado por la Corte Suprema Alemana en 1976, la Comisión estableció la existencia de precios excesivos.

Sin embargo el Tribunal estableció que dicho método no era el que debía ser aplicado para determinar la existencia de precios excesivos y señaló que la Comisión no había demostrado la existencia de una conducta infractora. El Tribunal indicó que existían precios abusivos cuando una empresa con posición de dominio cobra un precio que no tiene una relación razonable con el valor económico del producto vendido. Así, requería que los costos en los que había incurrido la

⁷⁹ ADAMS, Gregory, *European and American Antitrust Regulation of Pricing by Monopolists*, 18 *Yale J. Transn'l L.*, 1, 1992, p. 10.

⁸⁰ *United Brands C. & United Brands Continental B.V. v. Comm'n of the European Communities*, (1977-1978 *Transfer (United)*, *Common Mkt. Rep.*, CCH, 1429, p. 2655 (CL) J.E. Comm. Feb. 14, 1978).

empresa fuesen comparados con los precios establecidos. Una ganancia "excesiva" sería prueba de la existencia de un precio excesivo. Luego, debía ser determinado si dicho precio constituía un abuso en sí mismo o comparándolo con los de sus competidores. Básicamente, UBC no fue sancionada por establecer precios excesivos porque la Comisión tenía la carga de la prueba y no acreditó la disparidad entre costos y precios.

Principalmente el cambio que presentó esta Resolución en relación con lo establecido en General Motors, es que se habló de "costos en los que realmente se incurrió" en vez de "los costos económicos reales". La diferencia entre ambos conceptos, sin embargo, no pasa de ser una de carácter semántico.

Por otro lado, el Tribunal intentó brindar a su razonamiento un sustento económico, señalando que se había violado la "ley de la oferta y la demanda". El Tribunal, en este tremendamente criticado pronunciamiento, pareció querer decir que esta ley económica es una norma del ordenamiento jurídico que puede ser violada, cuando no es más que una forma de explicar cómo es que operan los mercados.⁸¹

Como es evidente, el Tribunal - además de dar un fundamento que evidenciaba su precario conocimiento de teoría económica - no hizo más que generar un nuevo problema. ¿Cuándo una ganancia es excesiva o irrazonable? Al parecer, según la opinión del Tribunal, los proveedores no están legalmente legitimados a tener un margen de ganancia cualquiera. Deben tener un margen "razonable" y "no excesivo". Lamentablemente, no le dieron al mercado ninguna herramienta para determinar cuándo las ganancias obtenidas violan el Tratado de Roma y cuándo no lo hacen.

Por otro lado, el Tribunal generó un problema enorme al crear un estándar tremendamente difícil de aplicar por parte de la Comisión. Esta, para establecer la existencia de un precio excesivo, tendría que involucrarse en un costoso, complejo y poco certero análisis de costos empresariales. Y la Comisión normalmente no cuenta con medios para llevar a cabo estas investigaciones, pues suelen requerir cuantiosos recursos y especialistas técnicos en cada mercado particular. Sobre este particular, la distinguida tratadista inglesa Valentine Korah, criticando la sentencia señala que "El Tribunal está dando a entender que cualquier empresa puede ser condenada y multada por haber fijado un precio del cual la Comisión decide luego que excede al valor económico del producto. Esto está muy lejos de la filosofía liberal que inspiró el Tratado (de Roma)".⁸²

Por estas razones, lo que este precedente generó fue un desincentivo para que la Comisión siguiese intentando sancionar conductas que supuestamente se encontrasen tipificadas bajo la modalidad de precios excesivos.

Esta experiencia es la misma que tuvo el sistema Alemán, en el que se basó en gran medida el sistema comunitario. En este, la metodología para establecer el abuso era encontrar disparidad de precios en distintos mercados. Sin embargo, los problemas de fondo seguían sin resolverse. Por ello, en ambos sistemas existe consenso acerca de que no es conveniente que las Cortes sancionen estas prácticas.

Si, por alguna razón, se siguiese considerando necesario controlar los precios que libremente establece el mercado, el mecanismo menos problemático sería una agencia regulatoria.⁸³

⁸¹ ADAMS, Gregory, *op. cit.*, p. 32.

⁸² KORAH, Valentine, *EC Competition Law*, pp. 224-225.

⁸³ GERBER, David, *op. cit.*, p. 101.

5. ¿Debe aplicarse la práctica europea a nuestro sistema?

El contexto político e ideológico en el que surge el Tratado de Roma y sus antecedentes legislativos hacían poco controversial la idea de que las cortes podían sancionar a empresas con posición de dominio por establecer precios excesivos. A fin de cuentas, los gobiernos influidos fuertemente por ideas socialistas intervenían diariamente en la economía fijando precios.

Empero, la compleja labor de establecer criterios claros para determinar cuándo un precio es excesivo determinó que esta figura no fuese aplicada en los primeros años de la CEE. Hoy en día, además, la generalizada convicción de que los modelos de economías intervenidas y los controles de precios son sumamente nocivos para el bienestar general, ha dejado sin sustento teórico la aplicación de la doctrina de los precios excesivos.

Por su parte la jurisprudencia europea ha fallado en establecer un criterio claro y predecible de cuándo el precio cobrado por una empresa resulta abusivo. Esto ha determinado que la Comisión no se aventure fácilmente a utilizar este tipo infractor y, más bien, pretenda establecer sanciones sobre la base de figuras más claras y pacíficamente aceptadas como la discriminación de precios. De hecho, la mayoría de casos donde ha tratado de establecer la existencia de un precio excesivo han sido supuestos en los que la empresa con posición de dominio se encuentra protegida por alguna barrera de entrada creada por el mismo Estado y que evitaba la competencia. Este, justamente, fue el caso de *General Motors*, *British Leyland* y *NALOO*. Esta actitud, como es evidente, se explicaba por la política de integración económica europea.²⁴

De esta forma, se puede decir que la aplicación de la doctrina de los precios excesivos en Europa ha fracasado. La vaguedad de su desarrollo, la actual falta de soporte teórico, político, económico e ideológico, y las numerosas críticas que ha recibido, han determinado que haya quien señale que la inexistencia de esta figura en el Derecho *Antitrust* norteamericano es uno de los factores que lo hace mucho más predecible y conveniente.²⁵

Además, no debemos olvidar que la extrapolación de figuras jurídicas del derecho comunitario europeo a nuestro sistema puede resultar a menudo descontextualizada. Recordemos que, como señalamos anteriormente, el Tratado de Roma se caracteriza por perseguir una múltiple variedad de objetivos a menudo irreconciliables, que nuestro sistema no persigue. Los tribunales europeos aplican el artículo 82 del Tratado de Roma en conexión con lo señalado por sus artículos 2 y 3(f). El artículo 2 identifica como una de los principales objetivos de la CEE la promoción de un desarrollo armonioso de actividades económicas, un acelerado crecimiento del estándar de vida y relaciones más cercanas entre los Estados. Por su parte, el artículo 3(f) reconoce como importante la necesidad de instituir un sistema que asegure que no se distorsione la competencia en el mercado común europeo.²⁶

Así, es ampliamente entendido que la aplicación de las instituciones establecidas por el artículo 82 del Tratado de Roma tiene sentido muchas veces solo en el contexto de la búsqueda de la progresiva unificación de Europa occidental.²⁷ Este punto es particularmente importante para el presente caso, pues si consideramos que el derecho de la libre competencia peruano no persigue finalidades similares a la integración económica regional o el acercamiento de las

²⁴ JEBSEN, Pery y STEVENS, Robert, *Assumptions, goals and dominant undertakings: The regulations of competition under article 85 of the European Union*, 64 *Antitrust L.J.*, pp. 505-506.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ DARA, Gabriel, *op. cit.*, p. 264.

²⁷ RODGEBL, Barry, *The Oligopoly Problem and the Concept of Collective Dominance: EC Developments in the Light of U.S. Trends in Antitrust Law and Policy*, 2 *Colomb. J. Eur. L.*, p. 36.

relaciones interestatales, figuras como la existencia de precios abusivos quedan -además de teórica e ideológicamente desfasadas- completamente descontextualizadas jurídicamente.

Y si investigamos los objetivos que persigue el derecho de la libre competencia peruano sobre la base de su evolución normativa, veremos que precisamente pretende lograr fines contrarios a los que el establecimiento de precios excesivos intenta lograr. Nuestro ordenamiento justamente quiere conseguir un sistema económico donde los precios son determinados por el libre juego de oferta y demanda y en el que se promueve la libre competencia.

Por todo ello resulta en una incoherencia aplicar la doctrina de los precios excesivos a nuestro sistema puesto que el mismo responde a principios y objetivos que no son compartidos por nuestro ordenamiento.

VIII. CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha intentado demostrar que resulta inconstitucional e ilegal la interpretación en el sentido de que nuestra normativa de libre competencia permite sancionar a una empresa por establecer precios excesivos. Asimismo hemos visto que existe amplia jurisprudencia dictada por el INDECOPI en contra de la misma.

Finalmente, analizamos cómo la aplicación de la doctrina de los precios excesivos en el derecho de la Unión Europea ha fracasado y, además, responde a principios y objetivos no compartidos por nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, sostener que esta figura puede ser aplicada en nuestro país cobijándose en la experiencia europea supone desconocer el desarrollo de esta doctrina y desconocer los particulares principios que la inspiran.

Por estos motivos, consideramos que la aplicación de los precios excesivos a nuestro sistema jurídico no solamente se encuentra fuera de lo que permite nuestra normativa, sino que está en total desacuerdo con la doctrina y jurisprudencia del sistema a la que originalmente pertenece.

Es más, pretender que la normativa sobre libre competencia en el Perú reconoce la posibilidad de incorporar la figura de los precios excesivos, constituiría un desconocimiento de la evolución histórica del derecho de la libre competencia, de los alcances que tuvo el derecho sobre los contratos tendentes a limitar el comercio, del objetivo y pobre aplicación de la normativa sobre acaparamiento y especulación; para, por esa vía, acoger teorías que tuvieron alguna validez durante el medioevo, a los largo del nazismo o fascismo y que, todavía, son reconocidas como adecuadas en las cada vez más reducidas huestes del comunismo.