

FACILIDADES ESENCIALES Y NEGATIVA INJUSTIFICADA A NEGOCIAR

Antes de empezar con la presentación quisiera felicitar a Themis por la realización de este seminario. Yo integré la plana de INDECOPI durante algunos años y en esa época era muy difícil que revistas universitarias se interesaran por los temas de competencia. Hoy en día son las propias revistas universitarias (una de ellas es THEMIS) las que entienden que las políticas de competencia son un tema que debe merecer la atención de todos. Este seminario es una suerte de auditoría (en este caso académica) del papel que viene cumpliendo la agencia de competencia (INDECOPI) en el desarrollo de las políticas de competencia.

Lo segundo que quiero señalar antes de empezar mi ponencia, es que para mí es un gran problema realizar esta exposición por dos razones. La primera, tiene que ver con el temor de que después de mi exposición, se termine afirmando que soy parte de una “campaña desestabilizadora” de la agencia de la competencia o que tengo algo personal en el asunto. El segundo temor que tengo al hacer esta exposición, tiene que ver con que los temas que me han pedido que desarrolle (el de la sanción a las negativas de trato y el de las facilidades esenciales) son temas en los que han participado personas con quienes he trabajado por muchos años.

Respecto de lo primero, quisiera confesar públicamente que, efectivamente, estoy metido en una “campaña” y tengo un interés no oculto sino bastante transparente en ella; campaña en la que están metidos muchos de los aquí presentes y también otros ausentes, en la que también participa gente que está trabajando en INDECOPI y otras agencias. Se trata de hacer que las instituciones funcionen. Que lo ganado en el tiempo no se pierda y no se genere una apatía institucional. Soy parte de esa campaña y lo digo pública y abiertamente.

Respecto de lo segundo, solamente puede decirles a los amigos que van a ser de alguna manera aludidos en esta presentación y que probablemente se sientan un poco cuestionados, lo que dijo Bryce: *“así como el amor es ciego, la amistad significa entender hasta lo que uno no entiende de sus amigos y de perdonarles absolutamente todo, aunque joda”*

Con esa introducción quisiera entrar en el tema que nos convoca que es el de las negativas de acceso a facilidades esenciales como una modalidad de prácticas abusivas.

El artículo quinto del Decreto Legislativo 701 en su inciso a), establece que una de las prácticas prohibidas en la regulación peruana de competencia es la negativa injustificada de trato por parte de empresas que ostentan una posición de dominio en el mercado. Dicho inciso señala que: *“la negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios, constituye una práctica de abuso de posición de dominio y es sancionable con las multas”*.

Como ustedes comprenderán, la sanción de este tipo de prácticas es una excepción. Ello porque en principio a uno no le pueden forzar a compartir su propiedad con terceros, no le pueden expropiar su propiedad o su libertad para decidir qué hacer con los bienes o servicios que produce. Cómo administra uno sus bienes es un tema absolutamente individual y privado.

Siendo ello así, la figura antes mencionada debería aplicarse de manera excepcional, no solamente porque eso implica una violación al derecho de propiedad y a la libertad de contratar, sino porque podría generar efectos perniciosos en el mercado. Así, si los agentes privados saben que “al final del túnel” una autoridad los podría sancionar por negarse a vender (o comprar) determinados bienes o servicios o a obligarlos a compartir ciertos bienes con terceros, es probable que estos agentes no inviertan en su construcción pese a que podría resultar eficiente que sí lo hagan. Eso puede ser contraproducente para los consumidores y para la eficiencia misma de los mercados. Precisamente por ese efecto no deseado es que esta figura debe ser, en principio, aplicada de una manera excepcional.

Los requisitos para que se configure la práctica, dicho de manera simple, son cuatro. Primero, se requiere que la negativa sea desarrollada por quien tiene poder de mercado. Si el chino o bodeguero de la esquina, no me quiere vender papel higiénico o jabón, obviamente no habrá un problema de competencia; habrá de repente una decisión irracional de parte de un empresario, pero esa negativa no genera un problema de competencia. Si es que ese bodeguero es a su vez el fabricante de ese papel y ese fabricante es el único que vende papel higiénico en el Perú, en ese caso sí podríamos tener un problema de competencia, asumiendo que existe una prohibición para la importación de papel higiénico o que existen reglamentos fitosanitarios que impiden la libre importación o la instalación de nuevas plantas papeleras en el país.

El segundo requisito para que se configure la conducta prohibida a que se refiere el inciso a) del artículo 5, es que no exista justificación para la negativa. Las empresas en el mercado suelen tener el deseo de vender lo más posible; pero hay circunstancias en las que no quieren vender, sea porque quien demanda el producto es un mal pagador (en operaciones al crédito), porque tienen su producción comprometida, etc. Hay una infinidad de razones de negocio que objetivamente pueden justificar una negativa de trato. Las negativas que son sancionables son aquellas que no tienen justificación.

La tercera condición tiene que ver con la alteración de las condiciones de competencia, esto es, la negativa tiene que afectar negativamente la competencia. Aquí no estamos frente a una práctica que es sancionable bajo un estándar de ilegalidad *per se*. Aquí se aplica un estándar de *regla de razón* en el cual habrá que probar, como condición a la configuración de la infracción, que la negativa genera un problema de competencia.

Finalmente, se requiere que la conducta genere un beneficio competitivo para quien desarrolla la práctica.

Puesto en claro los requisitos que deben ser satisfechos para que la práctica se configure, veamos dos circunstancias en las que puede configurarse la infracción. Un agente demanda un insumo que es producido por dos proveedores. Dicho agente regularmente ha adquirido el insumo indistintamente de uno u otro. Un buen día acude a uno de los proveedores y este proveedor le dice: “No, no te vendo porque le estás comprando a mi competidor”. Este es un caso en el que la negativa podría ser objeto de una sanción. Estoy asumiendo que el proveedor que desarrolló la negativa cuenta con poder de mercado.

El siguiente caso es el de un proveedor que está verticalmente integrado o tiene algún tipo de vinculación con una empresa que opera en el mercado “aguas abajo” y esta última empresa compite con otra que requiere del insumo que es suministrado por la primera empresa (el proveedor). Es el caso que esta última se niega a vender el insumo a la empresa que compite con su vinculada en el mercado “aguas abajo”. Dicha negativa podría también configurar un caso de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato. Nótese que en este caso también hay una relación de competencia entre quien desarrolla la práctica y quien la sufre.

Desde el año 1993 hasta el año 2002, el INDECOPI ha resuelto varias denuncias vinculadas a negativas de trato. Analicemos dos casos a manera de ejemplo.

El primero se vincula a una empresa que se dedicaba a fabricar y comercializar infusiones (té, manzanilla, anís, etc.). Es el caso que dicha empresa decidió ampliar la gama de sus productos incorporando uno hecho a base de hoja de coca. Como es sabido, en el Perú existe un monopolio en la comercialización legal de la hoja de coca; dicha comercialización es controlada por una empresa pública: ENACO. La empresa solicitó la venta de hoja de coca a ENACO y ésta se la negó. ENACO estaba tratando de proteger su propio negocio de comercialización de filtrantes de hoja de coca. Este caso fue sancionado por la Comisión de Libre Competencia.

El segundo caso, es el de un comerciante que se dedicaba a la comercialización mayorista de arroz en el mercado de Santa Anita. Un buen día descubrió que le estaban pirateando su marca. ¿Quién era el pirata? Otro comerciante que tenía un alto cargo dentro de la directiva que administraba el mercado de Santa Anita. ¿Qué hizo este sujeto? Fue a INDECOPI y denunció al pirata, ¿qué es lo que pasó? A las semanas siguientes, este sujeto vino con sus camiones desde la zona norte del Perú como lo hacía regularmente en la puerta del mercado de Santa Anita los vigilantes le dijeron: “Usted no entra”. “¿Por qué no voy a entrar?” preguntó. “Hay una Directiva de la Presidencia de la Asociación que indica que usted no entra”, le respondieron. Este señor denunció su caso ante el INDECOPI. Al final de la historia se concluyó que se trataba de un caso de negativa injustificada de trato, sancionándose a los infractores.

Quisiera hacer notar que son pocos los procesos en los que se han declarado fundadas las denuncias por negativas de trato. El hecho anecdótico es que dentro de ese pequeño grupo existen por lo menos tres casos en los cuales el Estado ha estado directa o indirectamente involucrado. Son casos que involucraron a tres empresas: ENACO, el Diario Oficial El Peruano y Electrocentro. Este hecho abona a la hipótesis de que probablemente el Estado es uno de los generadores de mayores distorsiones a la competencia en economías como la nuestra. Nótese que en dos de los tres casos estamos hablando de monopolios de origen legal: uno vinculado a la publicación de normas legales y avisos de curso legal y el otro vinculado a la comercialización de la hoja de coca.

El concepto de facilidades esenciales en el contexto de las conductas que implican una negativa de trato, es un concepto de nuevo. El concepto hace su aparición en el procedimiento seguido por CAB Cable en contra de Electrocentro que fue resuelto por el Tribunal en el año 2002. El segundo caso, en el que se menciona el concepto, es el procedimiento seguido por Aero Continente en contra del Banco de Crédito, que fuera resuelto también por el Tribunal en el año 2003.

El primer caso se trata de una empresa de televisión por cable que le toca la puerta a una empresa de distribución de electricidad y le dice: "Alquílame tus postes para hacer el tendido de mi red". El gerente de la empresa eléctrica le contesta: "No te alquilo mis postes". "Oye, te pago", insiste la empresa de televisión por cable. "No me interesa alquilarte mis postes", responde la empresa eléctrica. "¿Y por qué no?" pregunta la empresa de televisión por cable. "Porque no me interesa alquilarte mis postes", contesta la empresa eléctrica. Entonces la empresa de cable dijo: "Oye, yo requiero los postes para acceder al mercado de televisión por cable". Ante la negativa, la empresa afectada presentó una denuncia por abuso de posición de dominio. Al final del proceso, la empresa eléctrica fue sancionada por negativa injustificada de trato.

El segundo antecedente se refiere a una denuncia presentada por Aero Continente contra el Banco de Crédito. En este caso el Banco de Crédito le negó a Aero Continente la apertura de cuentas corrientes en Puerto Maldonado, alegando que dicha empresa no había cumplido con presentar información que, de acuerdo a la regulación contra el lavado de dinero, el banco puede requerir a sus clientes. En este caso, inicialmente la Comisión de primera instancia declaró infundada la denuncia; no obstante ello, el Tribunal consideró que había razones atendibles y sancionó la negativa de trato.

A decir verdad, el concepto de facilidades esenciales fue introducida por la Comisión de Libre Competencia en una resolución del año 2000 y lo que hace el Tribunal es aceptar ese concepto. Pero el Tribunal va más allá: recrea el concepto, "abre la puerta de par en par".

Veamos. ¿Qué es eso de negativa de acceso a facilidades esenciales? Según la resolución del Tribunal del INDECOPI del 2003: "*un recurso esencial es aquella infraestructura que es indispensable para la producción de un determinado*

producto”. Para hacerlo más simple: si soy una línea aérea y quiero transportar personas o carga, requiero utilizar el aeropuerto. Desde ese punto de vista, el recurso o servicio – ojo, que dice no sólo infraestructura sino también servicios -, considerado “esencial”, se niega injustificadamente a contratar con otra y dicha conducta perjudica el interés económico general, tal conducta será objeto de sanción por la Autoridad de Competencia.

El eje central de la nueva práctica es el concepto de facilidad esencial. Las preguntas son ¿Qué es una facilidad esencial? ¿En qué casos estamos frente a una facilidad esencial?

Probablemente en el ejemplo del aeropuerto o de los puertos, de pronto todos podríamos llegar a cierto nivel de consenso. En el caso de CAB Cable, el Tribunal y la Comisión coincidieron en la calificación de los postes como un recurso esencial para participar en el mercado de televisión por cable. Probablemente en este caso también podría haber cierto grado de consenso. Si bien alguien podría decir: “Bueno, pero es la única manera con la que se cuenta para prestar un servicio de televisión por cable, existe la posibilidad de hacer cableado subterráneo o dar el servicio de manera inalámbrica”. Lo cierto es que dichas alternativas no son relevantes tomando en cuenta los costos involucrados.

Cuando nos alejamos de esos ejemplos los problemas comienzan. Veamos. En el caso de Aero Continente con el Banco de Crédito, el Tribunal calificó que la transferencia de dinero a través de cuentas corrientes resultaba esencial para la actividad de la empresa afectada. Ante ello uno podría preguntarse: ¿una cuenta corriente entra dentro del concepto de facilidad esencial? Lo anecdótico es que pese a la negativa del Banco de Crédito y a la calificación de facilidad esencial hecha por el Tribunal de INDECOPI, la empresa Aero Continente siguió operando en esa ruta. Siendo ello así, surgen serias dudas acerca de la calificación efectuada por el Tribunal.

El punto está en cómo definir qué es y qué no es facilidad esencial. He puesto una lista de algunos casos, un poco anecdóticos que han merecido la calificación de facilidades esenciales a nivel de la jurisprudencia extranjera. Dichos casos ponen en evidencia la gran discrecionalidad con la que se ha manejado el concepto.

Así, hay casos en los que un auditorio público o una revista especializada en físico culturismo han sido considerados una facilidad esencial. En Europa hay quienes han pretendido que la distribución de periódicos a domicilio – al estilo de lo que actualmente realiza el Comercio en Lima – es también una facilidad esencial. En paralelo a estos casos anecdóticos, existen otros vinculados a ciertas infraestructuras (aeropuertos y puertos). Lo anterior revela que estamos frente a un concepto cuyo contenido es difícil de aprender, cuyos límites son poco claros en la doctrina y en la jurisprudencia. En ese contexto hay amplio margen para la discrecionalidad, para la subjetividad y, lo que resulta peor, para la ideología

personal de los sujetos a los cuales les toque definir cuándo estamos y cuándo no estamos frente a una facilidad esencial.

Aquí les quiero transcribir textualmente lo que dijo el Tribunal del INDECOPI en la resolución CAB Cable. En esa resolución el Tribunal dijo: *“No resulta razonable que la empresa – en este caso CAB Cable – invierta en la construcción de postes o en la utilización de tecnología o infraestructura distintas a los postes existentes”*. ¿Por qué? *“Ello es innecesario al ser posible que comparta la infraestructura de la otra empresa”* – en este caso de ELECTROCENTRO. ¿Y por qué? *“Porque eso implica altos costos y a su vez implica pérdidas sociales porque no se va a utilizar la integridad de los recursos existentes en ese momento en el mercado”*.

Si ese es el criterio, a alguien se le podría ocurrir exigir se comparta la infraestructura para la instalación de publicidad en la vía pública: “si ya hay uno que tiene un poste metido en la calle, no se va a construir uno nuevo, entonces que se dividan los paneles que son bien grandes: una parte la usa una empresa y el otro espacio lo puede usar otra.

El problema es aún mayor. El concepto ha sido desarrollado en casos en los que el que desarrolla la práctica no obtiene ningún beneficio directo de la práctica, de la negativa. Veamos.

El artículo 5 señala expresamente: *“se considera que existe abuso de posición de dominio cuando las empresas, una o varias, actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros”*. No dice “o” dice “y”. Es decir, se requiere un beneficio y un perjuicio para que se configure una práctica que merezca una sanción en aplicación de la regulación de la competencia.

¿Quiénes se han visto involucrados en los procesos en los que el INDECOPI ha generado la doctrina? CAB Cable, una empresa de televisión por cable y una empresa eléctrica; una empresa aérea y un banco. ¿Hay relación de competencia directa? No hay ninguna; las empresas involucradas en dichos procesos operan en mercados distintos, venden productos distintos; ni se miran en el mercado.

¿Cuál ha sido el razonamiento de INDECOPI? Casi, casi, “el fin justifica los medios”. Esto es, *“es indiferente si la conducta se desarrolla con el propósito de afectar o no a la competencia. Es indiferente si el agente - el banco o la empresa eléctrica – que desarrolla la conducta deriva de la conducta una ventaja o un beneficio de competencia en el mercado. Basta que, a su entender, la conducta afecte la competencia”*.

El Tribunal ha abierto una puerta peligrosa. Lo que ha dicho el Tribunal es: “los tipos legales en los artículos 5 y 6 están bonitos, pero si encuentro que algunas de las exigencias de los tipos legales allí contenidos no se cumplen, yo puedo igual aplicar el artículo 3 y, en virtud de dicho dispositivo, puedo sancionar conductas que pese a estar explícitamente tipificadas en la Ley, no cumplen algunos de los requisitos contemplados en la Ley”.

¿Este panorama a dónde nos lleva? Primero, en la aplicación de la regulación de competencia, se ha introducido un concepto cuyos límites, aun a nivel doctrinario, no son claros. Dejando de lado la discusión sobre la necesidad y conveniencia de introducir dicho concepto “a estas alturas del partido y dado el estado actual de la ciencia”, lo cierto es que se ha incrementado el ámbito de la discrecionalidad de la agencia de la competencia y de sus integrantes. Ellos serán los que al final del día definirán si un bien o un servicio es o no una facilidad esencial, bajo parámetros hoy desconocidos.

En segundo lugar, las resoluciones en comentario nos dejan también una expansión del ámbito de aplicación de la regulación de competencia. Al darle vida propia al artículo 3, dejando de lado el contenido de los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701 y las restricciones que ellos imponen a la discrecionalidad de la Agencia de Competencia, la posibilidad de sancionar conductas “anticompetitivas” se amplían peligrosamente. Nuevamente será la Agencia y sus integrantes quienes definirán hasta donde quieren llegar.

Finalmente, esta historia reciente nos deja un cambio en el rol de la Agencia de Competencia. Lo que esos dos casos revelan es que la Agencia de Competencia está mutando de ser un árbitro al rol de un agente que planifica y diseña la estructura de los mercados. Parece que la Agencia de Competencia entiende que su rol es decidir qué es razonable que hagan o dejen de hacer los agentes privados. Hemos visto en la cita anterior, que la agencia toma decisiones respecto a lo que se considera lo razonable en las decisiones de inversión de agentes privados.

Ante tal panorama sólo nos queda rezar y ¡rogar para que Dios nos coja confesados!

Alejandro Falla