

LA RESOLUCION ADULTERA

Cuando Moisés bajó del Monte Sinaí con las Tablas de la Ley comenzó a leer al pueblo de Israel los Diez Mandamientos. Cuando leyó: “No cometerás adulterio” las protestas entre los oyentes no se hicieron esperar. Para tranquilizar los ánimos Moisés le dijo a su pueblo “Eso dice la Ley. Habrá que esperar lo que dice la jurisprudencia.”

De un tiempo a esta parte la jurisprudencia de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI se ha vuelto adúltera en el sentido de sacarle la vuelta a la Ley y a los principios más básicos de la ciencia económica. Los objetivos de esa jurisprudencia ya no son aplicar el marco legal y conseguir un mejor funcionamiento de la economía, sino mantener una discrecionalidad y un manejo que permita abandonar los caminos de la decisión meramente técnica y transitar por el campo de lo político. Los funcionarios de turno quieren implantar una dictadura sobre la economía y los derechos de decisión de empresas y consumidores, no fomentando el funcionamiento del mercado, sino reemplazándolo. Así, como se dice en la Resolución No. 225-2004/TDC-INDECOPI que resuelve la denuncia contra las AFPs por precios abusivos, se ha convertido la legislación de competencia en una “...represora de conductas de la sociedad y el Estado no están dispuestas a tolerar en el desarrollo de actividades económicas...”, siendo lo no tolerable no lo que la Ley dice, sino lo que al vocal de turno se le ocurre, según su particular manejo político.

Como sugiere Moisés en el chiste popular que introduce este artículo, la jurisprudencia puede ser una manera de conseguir que la Ley diga lo que cada quien quiere escuchar. Cuando ello ocurre la Ley deja de ser tal y se convierte en discrecionalidad pura.

Para demostrarlo basta un poco de historia. En Enero del 2003 Javier Diez Canseco, uno de los políticos con más capacidad para amedrentar funcionarios y lograr lo que él quiere, interpuso una denuncia contra las AFPs, la que perseguía que se les sancionara, entre otras razones, por cobrar “comisiones abusivas”. La Comisión informó al Sr. Diez Canseco que dicho extremo era improcedente. Como se recordará, ante una apelación del Sr. Diez Canseco, en Octubre del mismo año, el Tribunal dijo en la Resolución No. 0429-2003/TDC-INDECOPI que el INDECOPI sí podía sancionar la existencia de “precios abusivos”. Resucitaba así, al más puro estilo velasquista, al revocar la decisión de primera instancia que declaraba improcedente la denuncia, la posibilidad de controlar precios por parte del Estado.

La reacción no se hizo esperar. Por un lado los académicos salieron con la espada desenvainada a cuestionar tamaño despropósito. Por otro lado las AFPs, en

defensa de sus intereses, hicieron ruido político para cuestionar lo mismo, ya que el anuncio colocaba directamente su cabeza bajo la guillotina intervencionista de las autoridades de competencia. Como suele pasar, el ruido académico no importó tanto como el político. La cabeza de algunos vocales fue políticamente puesta en riesgo y para nadie es un secreto que hubo presión política sobre el INDECOPI para que cambiara esa decisión.

La respuesta política de la Sala fue una reculada espectacular. Siete días después, por Resolución No. 0474-2003/TDC-INDECOPI, la Sala dijo que no dijo lo que dijo, que nunca había dicho que se podía sancionar por precios abusivos, y ordenó, con un lenguaje digno de Cantinflas, que la primera instancia emitiera un nuevo pronunciamiento.

Como no podía ser de otra manera, la Comisión volvió a decir lo único que se puede decir: no existe en el régimen legal peruano los precios abusivos, pretender aplicarlos es una destrucción de los principios básicos de la competencia y está, además, prohibido por la Ley, pues el artículo 4 del Decreto Legislativo 757 prohíbe a las autoridades del Estado controlar cualquier precio que no sean las tarifas de servicios públicos.

Cuando el caso vuelve a subir al Tribunal, éste, apelando a que la amnesia académica los dejaría “pasar piola”, vuelve a recular de su reculada anterior y dice que los precios abusivos sí existen en la legislación (con lo que los vocales intervencionistas ven satisfechas sus expectativas de poder controlar la economía), pero se dice, en un lenguaje realmente de Ripley, que las AFPs tienen una suerte de monopolio legal que impide la aplicación de las normas antimonopolio (con lo que se evita que se desate una nueva cacería de cabezas de las AFPs por abrirles el caso, quedándose éstas conformes con la improcedencia y eliminando así el riesgo de presión política) y se sugiere que las autoridades (léase SBS y Congreso) regulen más la actividad de las AFPs (con lo cual Diez Canseco queda contento porque tiene su plataforma para plantear regulaciones absurdas que se vuelen las AFPs para regresarnos al estatista y sin duda monopólico seguro social). La solución política perfecta. La solución de libre competencia más inconsistente que jamás he visto.

Por razones de espacio no es posible comentar al detalle la sarta de incoherencias de la Resolución que son propias de las decisiones políticamente perfectas. Eso será objeto de un análisis más detallado en el futuro.

Sin embargo, en lo que se refiere a la sanción por precios abusivos para muestra basta un botón. Para no aplicar el artículo 4 del Decreto Legislativo 757 que prohíbe el control de precios dicen que sancionar un precio alto no es control de precios. Es como decir que sancionar el robo no es una forma de control de los ladrones. La verdad es que es peor. Al menos con los controles de precios de Velasco uno sabía de antemano qué precio cobrar. Hoy ya no se sabe qué precio puede ser considerado abusivo. Como bien se dice en el voto singular de Zolezzi, ahora ya no se sabe por qué me pueden sancionar.

Pero para rescatar su afán por controlar precios el Tribunal nos ha traído un monstruo peor. Ahora resulta que los monopolios legales no están sujetos a la legislación antimonopolios. Peor aún, monopolio legal es cualquier mercado en el que para entrar hay regulaciones. ¿Dónde está el monopolio legal en las AFPs? Pues simplemente en que para entrar al mercado hay autorizaciones y requisitos que cumplir. El estándar es pues el de un “monopolio legal light”, lo suficientemente “light” como para meter a las AFPs en tan ridícula excepción. Con ello Telefónica debe estar saltando en una pata: ya no se le puede sancionar por abuso de posición de dominio, al menos hasta la próxima cantinflada que encuentre como reular de la nueva recluda, con otro argumento que profundice las inconsistencias. Igualmente libres estarían los Bancos, las Compañías de Seguros (que contradictoriamente ya fueron sancionadas por el caso del SOAT) las EPS, las aerolíneas y todo aquel que pueda armar como argumento de que hay costos legales de entrada al mercado.

Basta haber llevado un curso básico de economía para saber que los monopolios legales son los peores. La competencia no puede corregirlos y sólo la agencia de competencia parece una alternativa para proteger realmente a los consumidores. Tanto así que la Constitución (tan mentada por el Tribunal para sostener que se pueden controlar precios) prohíbe expresamente este tipo de monopolios. El Tribunal ha decidido concederles a los “monopolios legales light” una auténtica “licencia para matar”. Pero así es la política. La Sala tiene ya su argumento armado para el caso de empresas con capacidad de llegada política. Ya hay forma de citar un precedente que ayude a darle salida a la llamada de un Ministro.

El tema es más grave de lo que parece. La protección a los consumidores en la legislación de competencia se da a través de la protección del proceso competitivo, no de la sustitución del mismo. El Tribunal no comprende que justamente la elevación de precios es la manera como se crean incentivos para que haya más competencia al fomentarse la entrada de competidores. Y es justamente en los monopolios legales donde su acción es más importante para contrarrestar el efecto de las barreras de acceso al mercado. Lo que queda claro es que tenemos una autoridad de competencia que, a diferencia de la Comisión en primera instancia, no cree en la competencia. Es como tener un demócrata que no cree en la democracia o una persona religiosa que es atea. Pero así es el adulterio. A fin de cuentas, para eso creen algunos que está la jurisprudencia.

Alfredo Bullard González