

12 Competition and Advertising

14 2010, a good year for competition law



Brazilian New Antitrust Law: Are we moving forward or backwards?

La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad

Alfredo Bullard G.*

Imagínese que usted es dueño de una panadería. Al frente, cruzando la calle, hay otra panadería que compite con la suya. Usted se esfuerza en bajar sus costos, mejorar la calidad, conseguir crédito para competir. Un día lo visita la autoridad tributaria y coactivamente le saca el dinero. Aturdido por la acción de la autoridad tributaria ve, con cierto alivio y consuelo que los funcionarios cruzan la calle y se dirigen a la panadería de su rival. "Bueno, por lo menos le cobrarán impuestos a los del frente también" piensa en su fuero interno.

Pero de pronto, para su sorpresa, descubre espantado que los funcionarios toman el dinero de impuestos sacado de su panadería y se lo entregan a su competidor. Al día siguiente su vecino (que no es otra cosa que una panadería estatal) compra equipos nuevos, no tiene que pedir crédito y además rebaja el precio del pan aplicando parte del dinero recibido.

El ejemplo muestra por que la actividad empresarial del Estado es competencia desleal. Se generan dos efectos nocivos: (1) se deja de financiar los bienes y servicios que debería financiar (como infraestructura básica, programas sociales, salud y educación); y (2) compite deslealmente con el sector privado, porque usa "dinero gratis", proveniente de nuestros impuestos para subsidiar actividad empresarial, limitando la entrada o sacando del mercado a los privados que no pueden obtener ese "dinero gratis".

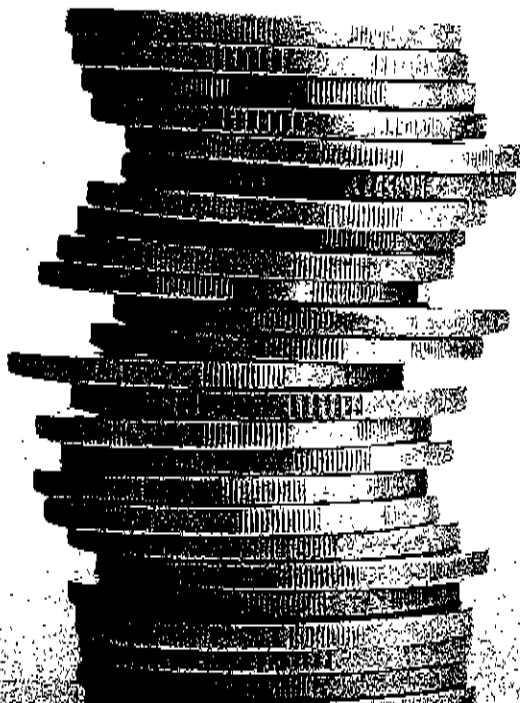
Hace siete años Alejandro Falla publicó un artículo titulado "Zapatero a tus zapatos" (Alejandro Falla, Perú Económico, marzo del 2003) en el que cita ejemplos reales del problema en el Perú: (i) el Seguro Social brindaba servicios de vigilancia y limpieza a terceros; (ii) Editora Perú, que se encarga de la publicación oficial de la Gaceta con las normas legales, imprimía textos escolares, libros, revistas, volantes, etiquetas, formularios, envases, almanaques, (iii) SIMA, que debería estar brindando servicios a naves de la Marina de Guerra, se encargó de pavimentar calles en la ciudad de Lima y colocó en su Plan Estratégico que se posicione como el único proveedor de construcción de carreteras "creando barreras de ingreso a nuevos competidores" (obviamente empresas privadas); (iv) la Marina de Guerra tenía 14 embarcaciones pesqueras (descubiertas pescando en zonas prohibidas y sin los permisos respectivos), 800 hectáreas dedicadas a la producción de langostinos y en una estación naval contaba con plantas de congelado, cámaras de almacenamiento y salas de procesamiento de pescado.

Los controles de las autoridades pesqueras se han visto limitados por tratar de intervenir en áreas declaradas como "zonas militares"; (v) Hospitales de las fuerzas policiales y militares, creados para atender dignamente a sus miembros, prestan servicios en los que se cobra a particulares (ni policías ni militares) por servicios análogos a los que brinda cualquier clínica privada, usando equipos liberados de impuestos y financiados con recursos públicos. Y los ejemplos siguen.

El artículo 60 de la Constitución Peruana señala que la actividad empresarial del Estado requiere de autorización por ley expresa y solo para actividades subsidiarias, por razón de interés público o manifiesta conveniencia nacional. Como señala Falla "Zapatero a tus zapatos". Ordena que el Estado nos brinde los servicios por los que pagamos impuestos y los privados se encarguen de suministrar los bienes y servicios que hemos confiado al mercado.

La norma no se cumplía por que nadie tenía "dientes" para hacerla cumplir. Pero en el año 2008, de manera casi desapercibida, la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal trajo una auténtica innovación peruana (no conozco otro sistema legal que tenga algo parecido). El artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 calificó la violación del principio de subsidiariedad por el Estado como un caso de competencia desleal, y por tanto sancionable con multas por la agencia de competencia (el INDECOPI). La infracción al artículo 60 de la Constitución, se convirtió en un caso de competencia desleal por violación de normas.

Pero recién en el 2010 el INDECOPI emite un precedente de ob-



servancia obligatoria (Resolución N° 3134-2010/SC1-Indecopi del 29 de noviembre del 2010 (http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2010/Re3134.pdf)). El caso es digno de colgarse en un museo surrealista. Una universidad estatal (la Universidad Nacional del Altiplano, financiada con nuestros impuestos) abrió un restaurante de pollos a la brasa usando recursos que deberían dedicarse a actividades educativas. Y competía con los restaurantes de la zona. Una de ellas (El Rancho II) la denunció por competencia desleal.

La universidad alegó cosas tan absurdas como que la pollería era parte de su actividad educativa (algunos estudiantes practicaron en ella, seguramente prendiendo las brasas o en actividades similares) o de "investigación" (¿habrá desarrollado alguna especie de pollo especial para ser cocinado a la brasa o alguna técnica para hacer pollo a la brasa sin brasas o, de pronto, sin pollo?).

Por razones de espacio no vamos a abundar en todo el detalle de los fundamentos técnicos y legales de la Resolución, bastante bien sustentados y sobre los que sin duda puede generarse una interesante y profunda discusión académica. Solo enumerare los criterios principales de análisis:

a. Debemos estar ante una actividad empresarial. Ello excluye la actividad del Estado en ejercicio de sus potestades públicas. Lo que diga un Ministerio al dar una concesión o aplicar una sanción, o la Municipalidad al dar una licencia de funcionamiento, por más que distorsionen la competencia, no son actos de competencia desleal. En todo caso serán competencia de otra Comisión en el INDECOPI (la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas). Se excluye por tanto los actos de *ius imperium*. También se excluyen las actividades asistenciales dirigidas a atender a sectores más necesitados en derechos fundamentales de corte social.

b. Autorización por ley expresa. Se requiere una autorización clara por Ley aprobada por el Congreso de la República. No se admiten autorizaciones tácitas o por analogía.

c. Carácter subsidiario. Esto significa analizar si satisface las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial. Para ello se usa un ingenioso análisis según el número de empresas existentes en el mercado, para lo cual debe definirse primero el mercado relevante, para luego aplicar una serie de presunciones que ayudan a entender cuando queda demostrado la existencia de un rol subsidiario. En el Cuadro 1 (contenido en la Resolución) se puede apreciar la secuencia de análisis que usará la autoridad.

Veamos un ejemplo. El Estado determina, por alguna razón, que la conectividad aérea es de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Por ello da una Ley que autoriza la actividad aérea como actividad empresarial por parte del Estado y crea Aeroburocracia S.A. La norma autoriza a la empresa a brindar servicio de transporte aéreo. Pero de ello no se deriva que la nueva empresa pueda entrar a cubrir todas las rutas que desee. Parece claro que por condiciones de demanda la ruta Lima-Cuzco (la ruta aérea más

congestionada del país) puede ser cubierta perfectamente por la oferta privada. Pero de pronto no ocurre lo mismo con los vuelos de Lima a Yurimaguas. En tal supuesto una ruta cumple con la condición de subsidiariedad y la otra ruta no.

Aeroburocracia S.A. puede volar a Yurimaguas, pero no a Cuzco. Si vuela a Cuzco estará compitiendo deslealmente pues se usaran recursos públicos para una actividad que no cumple el requisito de subsidiariedad al existir real o potencialmente líneas privadas para cubrir el servicio.

Y casos para probar los criterios sobran: empresas petroleras del Estado, carreteras manejadas por el Estado que compiten con líneas ferroviarias, puertos estatales contra puertos privatizados, etc.

Es una solución novedosa para un problema viejo: las distorsiones creadas por actividad empresarial del Estado a la competencia en el mercado. Es prematuro saber si el esquema resistirá las reacciones que ya se vienen produciendo por parte de diversas entidades públicas. Ojala, por el buen funcionamiento de la economía, ello sea así. ©

* Alfredo Bullard G. - Abogado, graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, 1969) y Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale (EE.UU., 1991). Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurrea Abogados.

