

REVISTA DE ECONOMÍA Y DERECHO

José Luis Sardón

Democracia sin partidos

Carlos M. Adrianzen Cabrera

Mitos y realidades sobre la presión tributaria peruana: 1970-2011

Lucas S. Grosman

Autonomía y drogas

Santiago Dávila Philippon

¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión de infracciones?

Humberto Zúñiga Schroder

**Interpretación prejudicial en procedimientos de arbitraje
en los regímenes andino y europeo**

Renzo E. Saavedra Velazco

**Inducción al incumplimiento contractual,
represión de la competencia desleal e incumplimiento eficiente**

RESEÑAS DE LIBROS



Sociedad de
Economía y Derecho

UPC

REVISTA DE
ECONOMÍA Y DERECHO

Hugo Gómez



Sociedad de
Economía y Derecho

UPC

La Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) reúne a un grupo de académicos y profesionales que forma parte de la plana docente de la Facultad de Derecho, de la Facultad de Economía y de la Escuela de Posgrado.

La Sociedad está dedicada a promover ideas favorables al fortalecimiento de las instituciones en las que se sustentan la economía de mercado y el Estado de derecho.

CONSEJO DIRECTIVO

Rector emérito

Luis Bustamante Belaunde

Rector

Gonzalo Galdos

Comité ejecutivo

José Luis Sardón

Facultad de Derecho

Carlos Adrianzen

Facultad de Economía

Gonzalo Ferrero

Director ejecutivo

Consejeros

Roberto Abusada

Alfredo Bullard

Gianfranco Castagnola

Luis Diez Canseco

Gonzalo Tamayo

Luis Vinatea

REVISTA DE ECONOMÍA Y DERECHO

Editor

José Luis Sardón

Editora de reseñas

Marina Lazarte

Producción

Fondo Editorial de la UPC

Corrector de estilo

Jorge Coaguila

Diseño y diagramación

Otto Gonzales

Revista de Economía y Derecho se edita periódicamente con artículos pertinentes a la comprensión de la economía de mercado y el Estado de derecho. Recoge trabajos de investigadores nacionales y extranjeros.

El Comité Ejecutivo de la Sociedad de Economía y Derecho recibe y selecciona los trabajos para su publicación.

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión de los editores ni de la Sociedad de Economía y Derecho.

Volumen 9, número 35, invierno de 2012

ISSN: 1729-7958

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°: 2005-6412

Índice

Hugo Gómez

José Luis Sardón

Democracia sin partidos

7

Carlos M. Adrianzen Cabrera

**Mitos y realidades sobre la presión tributaria peruana:
1970-2011**

21

Lucas S. Grosman

Autonomía y drogas

65

Santiago Dávila Philippon

**¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión
de infracciones?**

87

Humberto Zúñiga Schroder

**Interpretación prejudicial en procedimientos de arbitraje
en los regímenes andino y europeo**

103

Renzo E. Saavedra Velazco

**Inducción al incumplimiento contractual, represión de
la competencia desleal e incumplimiento eficiente**

125

RESEÑAS DE LIBROS

Hugo Gómez Apac

The Antitrust Religion, de Edwin S. Rockefeller

151

Edgardo Gamarra Bellido

Corporate Finance and Governance, de Lawrence E.
Mitchell, Lawrence A. Cunningham y Jeffrey J. Haas

156

Alvaro Klauer D'Acunha

Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa,
de Orlando Vignolo Cueva

159

RESEÑAS DE LIBROS

Edwin S. Rockefeller. *The Antitrust Religion*. Washington D. C.: Cato Institute, 2007.

El libro contiene una crítica feroz al derecho de la competencia. Sostiene que la doctrina que la sustenta, integrada por conceptos imaginarios (“mercado relevante”, “poder de mercado”, etcétera), en su afán de proteger a los débiles frente a los codiciosos y poderosos, termina protegiendo a las empresas perdedoras (ineficientes) de los precios bajos y las innovaciones introducidos por las empresas exitosas (eficientes).

Para explicar su postura y, al mismo tiempo, evitar una confusión terminológica, Rockefeller empieza su libro diferenciando tres términos: *antitrust statutes*, *antitrust law* y *antitrust*. El primero, *antitrust statutes*, son las leyes expedidas por el Congreso de Estados Unidos, refiriéndose el autor a la *Sherman Act* de 1890 y la *Clayton Act* de 1914¹. El segundo, *antitrust law*, es lo que llamaríamos derecho de la competencia (*the law of competition*)². El tercero, *antitrust*, vendría a ser la doctrina que propugna la defensa de la competencia desde la premisa que los mercados no pueden corregirse por sí mismos.

El autor critica que los especialistas en la materia (que integran la *Antitrust Community*) han extraído de los *antitrust statutes* un concepto imaginario llamado *antitrust law*, y de este han sacado –como el conejo que sale del sombrero del mago– uno más imaginario, llamado doctrina *antitrust*.

Según el autor, la doctrina *antitrust* se basa en cuatro elementos de fe: 1) creer en la leyenda del caso Standard Oil³, 2) temer la concentración empresarial, 3) creer en la magia del “poder de mercado” y 4) creer que el gobierno nos puede proteger de esos males. Para Rockefeller, dicha doctrina no es más que una colección mística de aspiraciones, creencias, sospechas, suposiciones y predicciones; una clase de fe casi religiosa que se mueve de manera independiente a las disposiciones contenidas en las leyes (*antitrust statutes*).

La *Antitrust Community* está integrada por abogados en ejercicio, profesores de derecho y funcionarios públicos que dictan conferencias y publican materiales de lectura que postulan la defensa de la competencia (doctrina *antitrust*)⁴. Según el autor, esta comunidad no tiene una visión crítica sobre la doctrina que postula (esparcida por sus miembros como si fuera un evangelio), pues vive de ella. Cuando hablan de cambios, los integrantes de la comunidad se refieren a temas superficiales como remedios y procedimientos, pero no plantean reformas sustanciales. Rockefeller sostiene que los miembros de dicha comunidad son reacios a evaluar resultados o analizar los intentos de los jueces por establecer reglas normativas.

Para el autor, el poder de mercado (*market power*) es un concepto imaginario extraído de la teoría económica. Para determinar el poder de mercado, primero hay que definir el mercado relevante, el cual no existe en la realidad, pues solo sería una metáfora. Y el error que se comete para definir el mercado relevante –según Rockefeller– es efectuar un análisis estático de un mundo dinámico y hacer suposiciones sobre lo que puede pasar en un futuro desconocido. Para él, la definición del mercado relevante se basa en la suposición de que podría ser cierto en un mundo irreal, pero no en un mundo real. En ese contexto, la doctrina *antitrust* sobre el análisis del mercado otorgaría a la autoridad de competencia la facultad de tomar decisiones arbitrarias basadas en corazonadas o caprichos disfrazados de razón.

Para Rockefeller, el poder de mercado es un poder imaginario. Un poder real lo tiene el gobierno, que puede forzar a los ciudadanos a pagar impuestos. En cambio, las empresas no pueden obligar a los ciudadanos a pagar por cualquier cosa. Según el autor, nadie puede ser forzado a comprar un determinado producto.

La *monopolization* (algo parecido a lo que en nuestra legislación se conoce como abuso de la posición de dominio) sería para el autor una conducta prohibida sin referente objetivo. A diferencia del robo, que tendría una clara definición basada en hechos demostrables en la realidad, los elementos que definirían la monopolización no tendrían asidero real. Así, critica que los elementos de este último sean 1) la posesión de poder monopolístico en el mercado relevante y 2) la adquisición o mantenimiento voluntario de ese poder por razones diferentes al crecimiento o desarrollo consecuencia de productos superiores, la destreza en los negocios o un accidente histórico⁵. Según el autor, mientras un robo puede ser acreditado con los testimonios de los testigos

que lo vieron, nadie puede observar el poder monopolístico. La prueba de la existencia del poder monopolístico dependería de suposiciones y predicciones que no pueden ser verificadas.

El autor menciona que no hay forma de distinguir a una empresa que está compitiendo con éxito de otra que supuestamente está monopolizando. Precisamente por tal razón critica el caso Standard Oil (1911). Considera que esta empresa fue sancionada injustamente. Esta empresa habría disminuido sus precios no por realizar prácticas de precios predatorios, sino por ser más eficiente que sus competidores. Es más, menciona que la cuota de mercado de dicha empresa –en capacidad de refinación de petróleo en Estados Unidos– había caído de 82 por ciento, en 1899, a 64 por ciento, en 1911, año en que fue partida por la Corte Suprema de ese país por el cargo de *monopolization*. Rockefeller comparte la afirmación de Thomas DiLorenzo⁶ de que nunca hubo evidencia que los *trusts* de finales del siglo XIX hubieran dañado a los consumidores en la forma como se supone que los monopolios dañan a los consumidores. Es decir, restringiendo la producción para incrementar los precios.

El autor también es escéptico en cuanto a sancionar los acuerdos de precios. Si el precio se fija por debajo del precio de mercado, los consumidores se benefician. Si se fija igual al precio de mercado, el acuerdo no tiene efectos perjudiciales. Y si se fija por encima del precio del mercado, cada miembro del cartel tiene un incentivo fuerte para vender por debajo del precio acordado y así obtener mayores ganancias. Dado que de antemano no podemos estar seguros sobre qué acuerdos de precios aparejan o no eficiencias, Rockefeller cuestiona la aplicación de la *per se rule* (regla *per se*), mediante la cual todo acuerdo de precios es considerado ilegal, sin importar si fue efectivo o si causó algún daño. En la regla *per se* están prohibidos y son sancionados todos los acuerdos de precios, incluso los que pueden tener beneficios. Según él, la máxima que dice que “es mejor liberar a una persona culpable que sancionar a un inocente” se revierte perversamente con la regla *per se*, según la cual “es mejor castigar a un inocente que permitir que un culpable salga libre”.

En lo relativo al control de las fusiones y otros tipos de concentración empresarial (*merger*), el autor sostiene que la doctrina *antitrust* es arbitraria e impredecible. Los lineamientos (*Horizontal Merger Guidelines*⁷) elaborados por las agencias de competencia estadounidenses (el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio), a

fin de evaluar las concentraciones empresariales, no contienen reglas claras que permitan generar certeza respecto de qué concentraciones serán autorizadas y cuáles impedidas. Según Rockefeller, una persona podría leer dichos lineamientos y prohibir una determinada fusión, mientras que otra podría leerlos y permitir la misma fusión. Así, menciona fusiones que fueron permitidas pese a que las operaciones originaban una mayor cuota de mercado, mientras que otras fueron rechazadas a pesar de alcanzar una menor cuota de mercado.

Rockefeller hace suyos los argumentos de D. T. Armentano⁸ en el sentido de considerar que determinadas disposiciones de las leyes de defensa de la competencia (*antitrust laws*) interpretan incorrectamente la naturaleza de la competencia y el monopolio; sirven para proteger a las empresas ineficientes de los precios bajos y las innovaciones; intentan limitar la rivalidad en precios; destruyen el proceso competitivo; son una forma de regulación que hacen al mercado menos eficiente; su aplicación requiere información que no está disponible; y se han aplicado arbitrariamente, afectando la libertad de contratación.

En suma, para el autor, la doctrina *antitrust* no es consistente con lo que debe entenderse por regla de derecho (*rule of law*), no es propiamente aplicación de la ley (*law enforcement*), sino una ideología, una religión.

El libro no constituye un manual de introducción para iniciarse en el derecho de la competencia. Todo lo contrario, las reflexiones contenidas en la obra de Rockefeller buscan remover los cimientos conceptuales arraigados de aquellos que comulgan con la doctrina ampliamente difundida del derecho de la competencia, entre los que se encuentra quien escribe estas líneas, y que el autor de la obra reseñada critica frontalmente. De ahí que su lectura será mejor aprovechada por los abogados y economistas con experiencia en la materia y por los alumnos de derecho o de economía que ya llevaron dicho curso.

No comparto en su integridad las afirmaciones de Rockefeller, pero tampoco las desdeño. Los comentarios que realiza sobre conceptos como “mercado relevante” y “poder de mercado” me parecen interesantes, y creo que deben motivar en las autoridades de competencia una profunda reflexión y autocrítica. Es válido exigirles un análisis más preciso y predecible que facilite a los agentes económicos tener certeza sobre lo que está permitido y lo que está prohibido. También creo que es momento de superar posiciones dogmáticas como considerar que todos los acuerdos de precios deberían ser *per se* ilegales⁹.

Finalmente, le doy toda la razón a Rockefeller en que la aplicación de las leyes de defensa de la competencia, tanto en Estados Unidos como en nuestro país, no se ha caracterizado precisamente por su coherencia y predictibilidad.

NOTAS

- 1 Otras leyes que podemos mencionar son la *Federal Trade Commission Act* de 1914 y las que modificaron a la Clayton Act, como son la *Robinson-Patman Act* de 1936, la *Celler-Kefauver Antimerger Act* de 1950 y la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976.
- 2 El término *antitrust laws* (en plural) haría referencia a los *antitrust statutes*, mientras que el término *antitrust law* (en singular) aludiría a lo que se conoce como *the law of competition* (el derecho de la competencia).
- 3 En 1911, la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que la Standard Oil Company de Nueva Jersey había realizado una conducta de monopolización prohibida por la *Sherman Act*, debido a que había acumulado poder y control sobre el petróleo y sus derivados. Como medida correctiva, dicha Corte partió a la Standard Oil Company en 34 empresas dispersas geográficamente.
- 4 El autor menciona que la *Antitrust Community* tiene organizaciones líderes como la *American Bar Association Antitrust Law Section* y la *International Competition Network*.
- 5 Estos dos elementos fueron identificados por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Grinnell (1966).
- 6 DiLorenzo, Thomas J. *How Capitalism Saved America*. Nueva York: Crown Forum, 2004, p. 135.
- 7 Guías elaboradas en 1992 por el Justice Department y la Federal Trade Commission. Estas entidades agregaron una sección sobre eficiencias en 1997. Luego publicaron comentarios a dichas guías en 2006.
- 8 Armentano, D. T. *Antitrust Policy*. Washington D. C.: Cato Institute, 1986, p. 74.
- 9 Así, por ejemplo, un acuerdo de precios entre pequeños vendedores con el fin de obtener fuerza de negociación frente a un monopsonio debería ser analizado desde la regla de la razón.

Hugo Gómez Apac