

¿Petro Reloaded o Petro Retro?

De las distorsiones generadas por la presencia de la actividad empresarial del Estado y las dificultades para controlarlo

Alejandro Falla*
**

En el presente artículo, el Profesor Alejandro Falla analiza la regulación de competencia en las prácticas de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios realizada por empresas del Estado. Sostiene que esta regulación puede ser una útil solución para disciplinar el comportamiento de las empresas del Estado quienes –por distintas razones- tienen una natural predisposición a colocar precios por debajo de los costos.

* Abogado. Máster en Regulación por el London School of Economics and Political Sciences, Reino Unido, con estudios superiores en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Bullard Falla & Ezcurra +

** El autor quiere agradecer la colaboración de José Luis Repetto alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico en la elaboración de este artículo.

¿Petro Reloaded o Petro Retro?

De las distorsiones generadas por la presencia de la actividad empresarial del Estado y las dificultades para controlarlo

Los periódicos anunciaron el retorno al Estado empresario. El gobierno en un primer momento manifestó su interés por la compra de los activos de Repsol. Estos incluían una refinería (La Pampilla), una planta de envasado de GLP y una red de estaciones de servicio ubicadas en zonas donde nadie pensaría que existe una demanda insatisfecha. De concretarse la operación, estaciones de servicio ubicadas en zonas tan "alejadas e inhóspitas" como San Isidro, Miraflores o Asia pasarán a ser controladas por la estatal Petroperú; y nuestro tradicional baloncito de *Solgas* pasará llamarse *PetroGas*.

Algunos salieron a justificar la iniciativa. Argumentaron a favor de la medida la necesidad de disciplinar el precio establecido por los otros agentes (privados) que participan en el mercado. «Los ciudadanos quieren tener un combustible que sea a un precio que realmente sea del mercado»¹; «Una cosa es control de precios y otra es regulación. Cuando hablamos de regulación es cuando se induce a una mejor oferta para bajar los precios, Lo que nosotros queremos es que en realidad no haya abuso con los grifos y que no haya tanta diferencia en los precios»² «Lo que queremos es que los grifos, sin control de precios, ayuden a una mejor regulación de los precios de los combustibles»³. *Petro Reloaded* sería el encargado de "disciplinar" a los "malos empresarios" que cobran "precios excesivos".

A pesar que luego, el Presidente Sr. Ollanta Humala cambió de postura y decidió no insistir en la compra, el mensaje que dio el presidente a través de su esposa fue el siguiente: «Lo que señaló el presidente (Ollanta Humala) es una intención, un interés, pero si eso no se puede demostrar en los números, que es beneficioso para el país, simplemente no va». Esta fue la misma interpretación del Directorio de Petroperú⁴.

¹ Marisol Espinoza, Vice Presidenta de la República, Diario Gestión, 25 de abril del 2013.

² Jorge Merino, Ministro de Energía y Minas. Diario Gestión, 29 de abril de 2013.

³ Jorge Merino, Ministro de Energía y Minas. Diario Gestión, 30 de abril de 2013

⁴ Diario El Comercio, 2 de mayo de 2013. Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/1571436/noticia-petro-peru-decidio-no-comprar-activos-repsol>. «Producto de la evaluación técnica, económica y financiera presentada por la

La conclusión que parece haber dado el gobierno es que mientras haya inversiones rentables, el Estado las hará. Es decir, que si mañana más tarde existen inversiones más beneficiosas para Petroperú o el Estado, se seguirá haciendo empresa.

No es difícil de imaginar la forma en que podría operar esta regulación. *Petro Reloaded* no determinará sus precios como cualquier otra empresa privada, quienes suelen mirar sus costos, la demanda de sus productos y la competencia que enfrenta; sus precios se determinarán a partir de la evolución de la popularidad del gobierno y de los titulares de los medios de comunicación. *Petro Reloaded* sin mucha dificultad colocará sus precios por debajo de sus costos (importa a 10 y lo vende a 5, por ejemplo) para lograr los niveles de precio deseados por los gobernantes de turno.

Colocar deliberadamente precios por debajo de los costos es una estrategia bastante irracional: nadie incurre deliberadamente en pérdidas. Es muy raro que empresas privadas se embarquen en este tipo de aventuras. Algo diferente sucede con las empresas del Estado quienes responden a incentivos completamente diferentes a los de sus pares privados. Si un privado incurre en pérdidas, corre el riesgo de salir del mercado; si pasa lo mismo con una empresa pública, basta que meta la mano en los bolsillos de los contribuyentes para solucionar su problema.

¿Y quién puede competir con un *Petro Reloaded* que coloca precios inferiores a sus costos? Ningún privado puede sobrevivir a una batalla de este tipo; menos cuando se usan los impuestos que él mismo paga para financiar a su competencia.

La venta por debajo de los costos, suele ser considerada una conducta anticompetitiva objeto de sanción en distintas jurisdicciones. De hecho, nuestra regulación de competencia (Decreto Legislativo 1034) podría dejar espacio para perseguir este tipo de conductas, si es que estas tienen un efecto exclusorio. Lamentablemente, la figura recogida en la regulación ha sido diseñada para disciplinar el comportamiento de empresas privadas –escenario de bajo riesgo-. Como se verá a continuación, su aplicación a empresas del Estado –escenario de alto riesgo- atraviesa por serias dificultades.

administración de la empresa sobre el portafolio de sus proyectos de inversión [...] el directorio en sesión llevada a cabo en la fecha, acordó no continuar participando en el referido proceso».

I. De las prácticas predatorias como prácticas anticompetitivas

Las prácticas predatorias pueden ser definidas como aquellas conductas ilegítimas que realizan las empresas con el propósito de incrementar su participación en el mercado y mejorar su posición competitiva a través de la exclusión de sus competidores del mercado. Sin embargo, a diferencia del daño concurrencial legítimo, derivado de una sana competencia de precios, calidades y condiciones de comercialización, dicho objetivo es conseguido no mediante una mejora en la posición competitiva del agente o mediante la utilización de mejoras en las prestaciones que oferta en el mercado⁵. Por el contrario, la empresa que desarrolla una estrategia predatoria busca avanzar en el mercado a través de la limitación de la competencia en lugar de la generación de eficiencia a través de una competencia basada en méritos⁶.

En términos generales las prácticas predatorias son las estrategias desarrolladas por un agente para perjudicar a sus competidores (expulsándolos del mercado) empleando medios distintos a la competencia basada en méritos. El objetivo de dicha práctica es lograr, luego de la expulsión del mercado de los competidores, una posición más ventajosa que le permita el establecimiento de precios por encima de los niveles que habrían prevalecido en una situación de competencia⁷.

El carácter ilegal de la conducta surge de una evaluación de los beneficios que reciben los consumidores en el largo plazo. Así, si bien una estrategia de

⁵ Según Lawrence Sullivan son aquellas prácticas que «[...] tienen la finalidad y el efecto de mejorar la posición competitiva de su autor, no mediante la mejora de sus prestaciones en el mercado, sino amenazando con perjudicar o perjudicando a los competidores potenciales para obligarles a abandonar el mercado o forzarlos a competir de forma menos efectiva». Lawrence Sullivan. Handbook of the Law of Antitrust. Página 108.

⁶ Al respecto, Areeda y Turner señalan que tales conductas son «[...] susceptibles de contribuir de forma significativa a la creación o al mantenimiento de un poder monopólico, que no es competencia basada en méritos ni una restricción inherente a la competencia basada en méritos». Philip Areeda y Donald Turner. Antitrust Law. Volumen 3. Página 626.

⁷ Robert Bork define a las prácticas predatorias de la siguiente manera: «[...] la agresión deliberada de una empresa contra uno o más rivales mediante el empleo de prácticas comerciales que no se consideran maximizadoras de beneficios de no ser por la esperanza de que: (i) los rivales tengan que salir del mercado, dejando al predador una cuota de mercado suficiente para obtener beneficios monopólicos, o (ii) los rivales sean suficientemente castigados para abandonar el comportamiento competitivo que el predador considera inconveniente o amenazador». Robert Bork. The Antitrust Paradox. Página 144.

predación beneficiaría en el corto plazo a los consumidores (en la medida que pagarían precios más bajos), de tener la empresa predatora éxito en su práctica, el resultado en el largo plazo sería una elevación de los precios por encima de los niveles competitivos, obligando a que finalmente los consumidores terminen pagando más.

Es importante destacar, como veremos más adelante, que no es objetivo de las normas de libre competencia proteger a los competidores en sí mismos, sino solo en cuanto su permanencia en el mercado beneficia a los consumidores. Así, se asume que una competencia agresiva, pero sana, puede afectar al competidor pero beneficiar al consumidor. Por ello no todo precio bajo es ilegal, sino solo aquel que, de una evaluación por parte de la autoridad de competencia, llevará a que los consumidores se vean afectados en el largo plazo.

Nótese que en la práctica sólo las empresas con poder de mercado pueden desarrollar estas conductas de manera satisfactoria⁸. Así, por ejemplo, si bien es cierto que cualquier empresa se encuentra en capacidad de desarrollar una estrategia que implique el establecimiento de precios por debajo de cierto nivel de costos, sólo aquellas que cuenten con poder de mercado se encuentran en capacidad de mantener dicha estrategia por un tiempo lo suficientemente prolongado para lograr la expulsión del mercado de los competidores y, luego de ello, elevar los precios por encima de los niveles que habrían prevalecido de existir competencia por un tiempo lo suficientemente prolongado como para recuperar las pérdidas iniciales forzando a los consumidores a pagar precios supracompetitivos.

II. De los precios predatorios como una modalidad de prácticas predatorias

El establecimiento de precios predatorios por parte de empresas con poder de mercado constituye una de las modalidades de prácticas predatorias que tienen por objeto excluir a la competencia actual y/o inhibir la entrada de

⁸ Al respecto, Hernández Rodríguez señala que «Aunque, en teoría, cualquier empresa puede llevar a cabo prácticas predatorias, la realidad es que, generalmente, sólo empresas con poder de mercado pueden hacerlo con éxito». Francisco Hernandez Rodriguez. Precios predatorios y Derecho Antitrust. Página 38.

competidores potenciales, con el fin de monopolizar el mercado y obtener mayores beneficios en un momento posterior⁹.

La práctica de precios predatorios, como adelantamos en el apartado anterior, supone la existencia de dos etapas. En la primera de estas la empresa que cuenta con poder de mercado reduce sus precios por debajo de sus costos. El propósito de tal reducción en los precios es la búsqueda de la salida del mercado de los competidores rivales: ante la incapacidad de soportar el nivel de pérdidas que estos precios producen, se verán forzados a salir del mercado o eventualmente desistirán de cualquier conducta destinada a desafiar en el futuro los precios de la empresa predadora cuando ésta vuelva a subir precios, ante el temor de una nueva represalia por la vía de reducir los precios a niveles que generen pérdidas.

En una segunda etapa, la empresa predadora establece precios monopólicos – precios por encima de los precios que hubieran existido en una situación de competencia – recuperando así las pérdidas incurridas en la etapa anterior y obteniendo los beneficios que justifican el desarrollo de la práctica. Estos precios mayores a los competitivos son posibles por la salida del competidor del mercado o porque el mismo ha sido disciplinado con la sanción generada por las pérdidas causadas por el precio predatorio.

Es precisamente el comportamiento de la empresa predadora en esta segunda etapa la que origina el cuestionamiento a las prácticas predatorias: si por alguna circunstancia dicho comportamiento no resulta viable, el cuestionamiento a la conducta de la empresa resulta injustificado.

Ello se da porque las autoridades de competencia sospechan seriamente de las alegaciones de competidores de que existen precios predatorios y tratan de evitar confundir una política agresiva de competencia por precios (que se asume como beneficiosa para los consumidores) con una política de precios predatorios. Un error en este sentido (considerar predación una política agresiva de precios) perjudicaría a los consumidores en lugar de beneficiarlos, porque sancionaría a una empresa por ser competitiva.

Como bien señala Gal:

«[...] Esto es porque la racionalidad de las tácticas predatorias depende de la posibilidad de la recuperación: que la rentabilidad a largo plazo del predador del régimen justifica las pérdidas a corto

⁹ Beneficios económicos por encima de los beneficios que obtendría la empresa en un entorno competitivo.

plazo en el primer periodo. Si la recuperación no se considera probable en el momento de la presunta participación en conducta predatoria, se debe asumir que la conducta no era predatoria, de lo contrario la empresa no hubiera participado en ella. [...] Además, a estrategia predatoria no es racional si la recuperación no es posible [...] entonces la conducta de la empresa dominante en realidad beneficia a los consumidores, ya que disfrutan precios bajos en el primer período, mientras que no sufren de precios altos el segundo periodo. Tal conducta, por tanto, no debe prohibirse».

Nótese que la posibilidad de recuperarse de las pérdidas en un momento posterior (cuando se haya eliminado la competencia) resulta siendo un requisito de suma importancia, ya que permite evitar la sanción de aquellas conductas que no tienen una finalidad anticompetitiva (sin esta posibilidad resulta absurdo pensar en una estrategia predatoria) y que por el contrario puede responder precisamente a contextos de competencia.

Tal y como ha señalado la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁰:

«[...] Los costos de encontrar erróneamente responsabilidad por precios predatorios son bastante altos debido a que el mecanismo por el cual una empresa se dedica a la práctica de precios predatorios (reducción de los precios) es el mismo mecanismo por el que una empresa estimula la competencia, y por tanto, los hallazgos erróneos de responsabilidad pueden relajar la conductas que las leyes de competencia están diseñadas a proteger».

Existe una extensa literatura económica y legal que propone diversos estándares para evaluar la conducta de una empresa de la cual se sospecha viene incurriendo en una práctica de precios predatorios. Normalmente se considera que una empresa podría estar desarrollando una práctica de precios predatorios cuando su precio de venta se encuentra por debajo de su costo variable medio de producción¹¹. Este es el estándar acogido en la jurisprudencia norteamericana en materia de libre competencia.

¹⁰ Weyerhaeuser Co. c. Ross-Simmons Hardwood Lumbre Co., Inc., 127 S.Ct. 1069, 1077 (Decided feb. 20, 2007).

Traducción libre de: «[...] the costs of erroneous findings of predatory-pricing liability are quite high because the mechanism by which a firm engages in predatory pricing – lowering prices- is the same mechanism by which a firm stimulates competition, and therefore mistaken liability findings would chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect».

¹¹ Este estándar se conoce como el *test Areeda-Turner*. Otros autores proponen considerar el costo marginal de largo plazo e incluso el costo medio.

En sentido similar, en el ámbito comunitario europeo los criterios de análisis de una conducta predatoria fueron establecidos en el caso *AKZO CEIME BV v. Comisión*¹². En dicho caso se estableció que una conducta podría ser considerada como prelación de precios cuando se cumplía alguno de los siguientes supuestos: (i) los precios eran menores al costo variable promedio, o; (ii) los precios eran menores a los costos totales promedio, pero mayores a los costos variables promedio, y se acreditaba una intención de eliminar a los competidores.

Es importante remarcar que, sin perjuicio del estándar que se adopte (costo variable promedio, costos totales promedio, etc.), el análisis de cuándo una empresa se encuentra comercializando sus productos por debajo de sus costos generará una serie de problemas en su aplicación. En efecto, sea cual sea el estándar aplicable, las mismas dificultades se presentarán al momento de evaluar qué costos deben o no ser incluidos en el análisis, lo cual puede variar de acuerdo a los criterios contables o económicos que se utilicen.

Ello resulta aún más complejo en los casos de empresas *multiproducto* en las que el cuestionamiento se refiera únicamente a uno de los productos que se elaboren. En estos casos, la complejidad adicional surge de la dificultad de determinar los costos específicos de cada producto, así como la manera como asignar los costos comunes entre ellos.

A lo anterior se puede agregar, además, las complejidades derivadas de las particularidades de cada tipo de empresa. Por ejemplo, en los casos de empresas públicas suelen existir elementos como subsidios estatales directos o subsidios cruzados entre productos, o incluso manejos de carácter político de la contabilidad de la empresa, los cuales pueden llevar a incluir como costos algunos gastos ajenos a la operación comercial. Como podrá advertirse, establecer cómo deben de ser tomados en cuenta estos elementos durante la evaluación de un caso de *predación* resulta sumamente complicado.

En adición a ello, puede mencionarse también como un elemento distorsionador del análisis el hecho que las empresas públicas actúen con incentivos distintos a los de las empresas privadas, lo que hace difícil comprender su conducta usando los parámetros que la doctrina de libre competencia ha desarrollado. Por ejemplo, es común que las empresas públicas, antes que maximizar utilidades, maximicen gasto, busquen ampliar la cobertura del bien o servicio o

¹² Case C-62/86 *AKZO CEIME v Comisión* [1991] ECR I-3359.

que, por razones políticas, actúen más como reguladores del mercado que como competidores reales.

Las dificultades antes anotadas llevan a que la determinación de un supuesto de *predación* de precios sea sumamente complejo de acreditar y, más difícil aún, en el caso de una empresa pública, en la medida que finalmente se caerá en una discusión de costos y de la forma cómo éstos serán considerados y de los incentivos que la empresa tiene para fijarlos.

Un mecanismo que la jurisprudencia ha empleado para *eludir* este problema de determinación de costos es el establecer una especie de presunción respecto de la legalidad de las conductas denunciadas. Así, el que los precios se encuentren por debajo de un determinado nivel de costos (sea este el costo variable promedio o el costo total promedio) no se considera que constituye por sí mismo prueba suficiente de una práctica anticompetitiva destinada a excluir a un competidor del mercado. Se requiere que dicha conducta tenga razonables posibilidades de éxito. Ello quiere decir que deberá acreditarse que la empresa que desarrolla la conducta se encuentre en posibilidad de desarrollar con éxito las dos etapas explicadas en el apartado anterior (expulsar al competidor del mercado y luego establecer precios monopólicos).

Siendo ello así, para la determinación de la existencia de una práctica predatoria resultará necesario analizar las condiciones y características del mercado –barreras de acceso y salida del mercado, existencia de sustitutos, etc.- en el que se desarrolla la práctica en cuestión, circunstancias de las cuales depende la posibilidad de éxito de la práctica que se trate (particularmente, la posibilidad del agente de subir el precio durante un período lo suficientemente largo que le permite recuperar las pérdidas iniciales y obtener un beneficio monopólico).

Si de este análisis se desprende que no existe evidencia que nos permita concluir la posibilidad de éxito de una conducta predatoria en el mercado, se entenderá que la actuación objeto de denuncia no deberá de ser sancionada. Ello en la medida que se presumirá que un agente racional no pretenderá desplegar una estrategia con intenciones anticompetitivas en un contexto en el cual ésta no tendrá éxito, y en consecuencia posiblemente estemos simplemente frente a un caso de competencia agresiva y no un caso de predación.

III. De los precios predatorios en la regulación nacional

En el ámbito nacional, el derogado Decreto Legislativo 701 no contenía una disposición expresa en dicho sentido. Sin embargo, la Comisión de Libre

Competencia del INDECOPI (en adelante, la Comisión) interpretó en varios pronunciamientos que dicha conducta si resultaba sancionable en el marco de lo establecido en la ley.

Así por ejemplo, en el caso *Motta Wendell c. Proquinsa*¹³ señaló que los precios predatorios eran prácticas prohibidas en el marco del Decreto Legislativo 701¹⁴. Ello en aplicación del inciso f) del artículo 5 del referido Decreto, que considera sancionables otras prácticas de efectos equivalentes a aquellas tipificadas en los otros incisos del mismo artículo.

Cabe resaltar que la Comisión ha determinado que el análisis de las conductas que se presumen predatorias debe realizarse bajo el criterio de la *regla de la razón*. Ello quiere decir que la práctica será considerada ilegal si puede esperarse que, bajo un análisis de razonabilidad, afecte negativamente la competencia. En esos casos las circunstancias concretas en que ocurrió la práctica serán analizadas para determinar si era o no razonable la conducta específica desarrollada. Si bien el análisis de razonabilidad puede parecer subjetivo (y de hecho lo es) lo cierto es que se han desarrollado varios criterios que limitan la discrecionalidad del INDECOPI en este sentido.

En efecto, en el caso *Motta c. Proquinsa*, la Comisión señaló que «[...] considera que no todo precio establecido por debajo de los costos es un precio predatorio». Como ya hemos señalado, para ello deberá de acreditarse la posibilidad de éxito de una estrategia predatoria. De no ser posible, resultará poco probable que una empresa intente desarrollar una estrategia anticompetitiva de este tipo, por lo que deberá presumirse que su actuación obedece a razones comerciales válidas.

De otro lado, para la calificación de un precio como predatorio, en la Resolución 003-98-INDECOPI/CLC (*Inter American Trade Development Company – Intradevco S.A. c. Reckitt & Colman del Perú S.A.*) la Comisión habría adoptado como estándar para la determinación de un precio predatorio el denominado *test Areeda-Turner*. En efecto, en la mencionada Resolución la Comisión señaló lo siguiente:

¹³ Resolución 070-96-INDECOPI/CLC

¹⁴ En dicha Resolución, la Comisión señaló que «deben considerarse precios predatorios aquellos que resultan inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con la intención de eliminar del mercado a uno o varios de los competidores, característica que los constituye como una práctica prohibida por el Decreto Legislativo No. 701.» (El subrayado es nuestro).

« [...] Partiendo de la premisa de que ningún precio por encima de los costos marginales de corto plazo debería considerarse predatorio, Areeda y Turner diseñaron una metodología de análisis para los precios predatorios. Dicha metodología considera que una empresa desarrolla una estrategia predatora cuando sus precios se encuentran por debajo del costo marginal de corto plazo. La lógica de dicha metodología se sustenta en el hecho de que ninguna empresa puede razonablemente elegir operar cuando el precio se encuentra por debajo de dicho costo, a menos que esto sea parte de una conducta estratégica destinada a sacar del negocio a sus rivales para maximizar sus beneficios en un futuro¹.

Del test Areeda-Turner se deriva que cualquier precio que optimice los beneficios de la empresa a corto plazo o minimice sus pérdidas, no resulta predatorio aunque sea inferior al costo medio total. Por otro lado, se deriva que el precio inferior al costo marginal de corto plazo es predatorio salvo que éste sea igual o superior al costo medio total» (El subrayado es nuestro)

Asimismo, en la Resolución 006-98-INDECOPI/CLC (*Inter American Trade Development Company – Intradevco S.A. c. Reckitt & Colman del Perú S.A.*), la Comisión fue explícita en señalar que la predación de precios resulta condenable no tanto por sus actuales resultados, sino por sus futuros efectos: si la estrategia resulta exitosa, puede derivar en una reducción de la producción y en un incremento injustificado de los precios. De ello, se desprendería la importancia que la Comisión ha atribuido al análisis de la probabilidad de éxito de la práctica cuestionada, como condición de la prohibición y sanción de ésta en aplicación de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701¹⁵. Explícitamente en *Intradevco c. Reckitt* se señaló:

¹ Nota al pie de la Resolución citada: «Areeda y Turner señalan que las empresas asumen los costos fijos de la instalación de un negocio, teniendo en mente que sus precios les permitirán a futuro recuperar esa inversión, sin embargo, una vez realizado el gasto este se convierte en un costo hundido. La empresa obtendrá beneficios o reducirá sus pérdidas cada vez que logre vender una unidad por encima de sus costos variables de producción, teniendo en consideración su costo promedio por unidad. La empresa no entrará en el negocio a menos que crea que podrá cubrir todos sus costos variables y fijos en un tiempo que considere pertinente. Una vez en el negocio, la empresa realizará sus ventas al precio más alto que el mercado le permita, pero considerará racional cualquier precio por encima de su costo marginal/variable que le permita vender sus productos, aún si este precio está por debajo del costo medio».

¹⁵ En ese sentido, en el numeral 15 de la referida resolución la Comisión señaló lo siguiente: «El éxito de una práctica predatoria depende de la existencia de una serie de condiciones. El análisis de dichas condiciones resulta de especial importancia en la evaluación de una práctica determinada, en tanto que sólo en aquellos casos en los que

«Sólo cuando existan condiciones que permitan el éxito de una estrategia predatora será razonable realizar un análisis de la relación precio/costo, en tanto no resulta justificado obligar a las partes y al Estado a incurrir en la costosa y complicada tarea de obtener y presentar información referida a sus precios y costos, si es que la empresa supuestamente predatora no se encuentra en condiciones de recuperar las pérdidas en que habría incurrido durante la etapa

existan razones fundadas para esperar que la estrategia predatoria se desarrolle con éxito –casos en lo que la empresa predatora se encuentra en posibilidad de elevar los precios a niveles monopolísticos en el período de post predación-, tiene sentido preocuparse por la práctica; para que una práctica determinada sea condenada como predatoria deberá quedar demostrado no sólo que la empresa que la desarrolla se encuentra en capacidad de excluir del mercado a la empresa que es víctima de la presunta predación, sino además que dadas las condiciones y características del mercado en el que se desarrolla la práctica, la empresa se encuentra en posibilidad de recuperar las pérdidas ocasionadas por la práctica.

Siendo que la recuperación de lo invertido en la etapa de prelación a través del establecimiento de precios monopólicos en la etapa de post predación es el objetivo último de cualquier esquema predatorio, para que una conducta sea condenada como predatoria deberá quedar demostrado no sólo que la empresa que la desarrolla se encuentra en capacidad de excluir del mercado a la víctima de la presunta predación, sino además que dadas las condiciones y características del mercado en que se desarrolla la práctica, la empresa se encuentra en posibilidad de recuperar las pérdidas ocasionadas por la aplicación de precios predatorios.

De ello se derivan importantes consecuencias en cuanto a la metodología a ser empleada en el análisis de los casos: sólo cuando existan condiciones que permitan el éxito de una estrategia predatora será razonable realizar un análisis de la relación precio/costo, en tanto no resulta justificado obligar a las partes y al Estado a incurrir en la costosa y complicada tarea de obtener y presentar información referida a sus precios y costos, si es que la empresa supuestamente predatora no se encuentra en condiciones de recuperar las pérdidas en que habría incurrido durante la etapa de post predación. La ventaja de esta aproximación es que permite desestimar numerosos casos sin tener que entrar en complicadas consideraciones acerca del comportamiento de la empresa.

Dentro de las condiciones que puedan afectar la capacidad del predator para recuperar las pérdidas sufridas en el período de post predación, deben mencionarse las barreras de entrada y salida del mercado.

Las barreras de entrada, son aquellas circunstancias –artificiales o inherentes al propio mercado (inevitables)- que dificultan el acceso al mercado de los agentes. Una prelación de precios sólo resultará exitosa si existen significativas barreras de acceso al mercado en cuestión; de lo contrario, los beneficios que podrían intentarse alcanzar en la etapa de post predación a través de un incremento en los precios, podrían verse disciplinados por la presencia de nuevas firmas.

En cuanto a las barreras a la salida del mercado, la predación de precios sólo resultará exitosa si la víctima de la predación posee costos lo suficientemente altos como para verse forzada a salir del mercado a causa de la predación; si la víctima permanece en el mercado o sale momentáneamente de éste, se encontrará en condiciones de obstaculizar cualquier intento del predator de incrementar los precios en la etapa de post predación. Un efecto similar se produciría si los activos productivos de la víctima de la predación no son eliminados completamente del mercado –son adquiridos por un tercero, por ejemplo- [...]».

de post predación. La ventaja de esta aproximación es que permite desestimar numerosos casos sin tener que entrar en complicadas consideraciones acerca del comportamiento de la empresa» (el subrayado es nuestro).

Finalmente, de los antecedentes existentes puede deducirse la existencia de un requisito adicional para la sanción de prácticas predatorias: la intención del agente. En efecto, en el caso *Motta Wendell c. Proquinsa* se señaló:

«Las prácticas de precios predatorios se caracterizan principalmente por la asunción de pérdidas a corto plazo ante la expectativa de obtener beneficios a largo plazo que superen ampliamente esas pérdidas y la intención de eliminar a un competidor de su participación en el mercado» (el subrayado es nuestro).

Cabe señalar que, como ya se ha establecido, de alguna manera al determinarse las posibilidades de éxito de la estrategia se presume la existencia de una intención anticompetitiva (eliminar o disciplinar al o los competidores).

Ahora bien, en el caso del vigente Decreto Legislativo 1034 tampoco contiene una disposición expresa que sancione los precios predatorios, pero pueden ser igualmente sancionadas. Ello en aplicación del inciso h) del artículo 10.2 del referido Decreto, que considera sancionables «[...] aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica ».

Desde la fecha de promulgación del Decreto Legislativo 1034, sólo ha existido un caso en el que se haya tratado esta problemática. En efecto, en la Resolución 002-2013/ST-CLC-INDECOPI (*Sociedad Nacional de Industrias c. Importadores de vino*) la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre de Competencia se pronunció respecto a si existían indicios razonables para iniciar un procedimiento de oficio por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios en el mercado de comercialización mayorista de vino. En esa oportunidad, si bien la Secretaría Técnica concluyó que no existían indicios razonables para iniciar un procedimiento administrativo aprovechó la oportunidad para pronunciarse sobre los precios predatorios bajo la actual regulación:

«29. Los precios predatorios consisten en el establecimiento, por parte de un agente dominante, de precios por debajo de cierto nivel de costos, por un periodo determinado, con el objeto de desplazar a sus competidores actuales y/o disuadir la entrada de competidores potenciales, para luego, en una etapa posterior y en ausencia de competencia, incrementar los precios por encima del nivel

competitivo, obteniendo ingresos monopólicos y perjudicando a los consumidores.

30. De acuerdo a lo anterior, los precios predatorios constituyen conductas que impiden o dificultan el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales por razones distintas a una mayor eficiencia económica y, en consecuencia, se encuentran prohibidos por el literal h) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034» (el subrayado es nuestro).

Asimismo, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia señaló que los factores para determinar que una estrategia de prácticas predatorias tendrán éxito es cuando concurren los siguientes elementos:

«35. En ese sentido, el éxito de una estrategia de precios predatorios dependerá, entre otros, de los siguientes elementos:

La tenencia de poder de mercado por parte del predador.

La capacidad financiera del predador para soportar pérdidas en la etapa inicial.

La capacidad productiva del predador para enfrentar incrementos en la demanda.

La presencia de barreras de salida bajas.

La capacidad del predador de elevar el precio, luego de excluir a sus competidores.

La presencia de barreras de entrada altas.

La capacidad del predador de mantener el precio monopólico durante el tiempo necesario para recuperar sus pérdidas y obtener ganancias adicionales».

En ese sentido, resulta claro que para la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia las prácticas predatorias son conductas prohibidas en nuestra legislación actual, en virtud del inciso h) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034.

Ahora bien, resulta importante señalar que, si bien la regulación de competencia que se refiere a la prohibición y sanción de las prácticas predatorias es aplicable tanto a empresas privadas como a las de propiedad del Estado¹⁶, el análisis de prácticas de este tipo desarrolladas por empresas de

¹⁶ Decreto Legislativo 1034

«Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no,

propiedad del Estado reviste una especial complejidad debido a que, como ya hemos señalado, su comportamiento en el mercado puede responder a incentivos distintos a los que normalmente responde una empresa privada.

En efecto, los estándares de evaluación para el análisis y determinación de una conducta predatoria han sido desarrollados sobre la base de una conducta encaminada a monopolización y posterior obtención de rentas monopólicas por parte del predador, lo que se orienta por un incentivo dirigido a maximizar beneficios. Dichos estándares pueden no ajustarse a la conducta típica de una empresa de propiedad del Estado, toda vez que ésta puede responder a motivaciones distintas a la maximización de los beneficios económicos de la empresa –maximización del gasto, expansión del empleo, regulación del mercado, abastecimiento del mercado, etc.

Lo dicho anteriormente podría dificultar el encuadre de la conducta desarrollada por una empresa pública como una práctica restrictiva de la competencia. Ello pese a que las empresas públicas suelen tener altos incentivos para efectuar prácticas predatorias, aunque no con la intención de obtener utilidades monopólicas en la etapa post predación, sino con objetivos diferentes. Por ejemplo podría ocurrir que en su intención de regular el mercado fuerce a las empresas competidoras a vender a precios por debajo de los costos de la industria.

IV. Aplicación de las normas sobre predación a las empresas públicas

Como ya hemos adelantado en el apartado anterior, el análisis de conductas predatorias desarrolladas por empresas públicas suele generar mayores problemas que en el caso de conductas desarrolladas por privados. Ello debido a las especiales características de las empresas públicas, las cuales no se encuadran necesariamente en los criterios de análisis de la regulación de libre competencia.

Un primer elemento a tener en cuenta es que las empresas públicas usualmente no se encuadran dentro de la premisa de la cual parte todo el análisis de la regulación de libre competencia: que las empresas son siempre agentes maximizadores de beneficios. En efecto, a diferencia de las empresas privadas las empresas públicas usualmente responden a intereses mucho más

con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa».

diversos que la sola maximización de beneficios, tales como, maximizar el gasto, maximización de producción, universalización de la prestación del servicio o producto (es decir, llegar a más consumidores), reducción de precios (para beneficiar a los consumidores), generar mayores tasas de empleo, etc. De hecho, muchas veces las empresas públicas adecuan sus objetivos a intereses de tipo político, lo cual las aleja aún más de los criterios maximizadores de beneficios que guían a las empresas privadas.

Esta diferencia resulta fundamental para un análisis de predación, debido a que, en principio, podría llevarnos a pensar que una empresa pública nunca tendría los incentivos necesarios para desarrollar una práctica de este tipo.

Como hemos señalado en el apartado anterior, la lógica de una estrategia predatoria es el eliminar al competidor (a través de las pérdidas prolongadas derivadas de la comercialización de bienes y servicios por debajo de los costos) a efectos de, una vez retirado del mercado, subir los precios a niveles monopólicos y con ello no solo recuperar las pérdidas de la primera etapa de la estrategia, sino también obtener una renta monopólica que de otra manera no hubiera sido posible obtener.

La lógica anterior pareciera no concordar con la actuación de una empresa pública, la cual generalmente no tendrá como objetivo el reducir sus precios a efectos de eliminar a la competencia y, luego de ello, establecer precios monopólicos. Ello, en primer lugar, debido a que las empresas públicas no tienen, en principio, por objetivo el maximizar beneficios, por lo que en principio no buscan la obtención de rentas monopólicas.

En segundo lugar porque debido a los intereses que suele perseguir una empresa pública, su interés en reducir precios responde más a la búsqueda de beneficios para los consumidores (con una motivación usualmente más política que económica) o de extender su producción (lograr que más consumidores accedan al bien o servicio que produce) y no a un afán por reducir la competencia y con ello reforzar su posición en el mercado.

Lo anterior nos podría llevar a concluir, a primera vista, que las empresas públicas nunca cumplirían con las condiciones requeridas para sancionar una conducta como predatoria. Faltaría siempre la intencionalidad de eliminar a los competidores para luego obtener rentas monopólicas.

El problema con la conclusión anterior es que, si bien pareciera que la actuación de la administración no resultaría concordante con la lógica predatoria, un análisis detallado de su comportamiento podría llevarnos a pensar que, por el contrario, éstas cuentan con más incentivos para desarrollar este tipo de

conductas, aunque con interés distinto. Ello debido a que el actuar de manera predatoria (precios por debajo de cierto nivel de costos) puede servir como una herramienta para incrementar la producción de una empresa pública (a efectos de llegar a más consumidores) o generar mayores niveles de “bienestar” en los consumidores (menores precios), los cuales suelen ser objetivos centrales de las empresas públicas. Siendo ello así, las empresas públicas pueden tener fuertes incentivos para efectuar actuaciones predatorias, aunque con una finalidad distinta a la que comúnmente ha considerado la regulación de competencia.

En este sentido, resulta particularmente relevante lo señalado por Lott, quien precisamente sobre la base de un análisis de las particularidades de las empresas públicas concluye su mayor disposición al desarrollo de prácticas predatorias, aunque con una lógica distinta a la que siguen las empresas privadas:

«[...] Las empresas estatales están motivadas por otros objetivos como el empleo o la maximización de los ingresos [...]. Sobre la base de este trabajo, he argumentado que si las empresas estatales están motivadas por estos objetivos de no maximizar utilidades, el logro de estos objetivos se verá facilitada por fijar precios por debajo del costo de la empresa y, con sus acciones, generará la eventual salida de sus competidores. Mientras tanto las empresas estatales o privadas, se benefician de la reducción a largo plazo de la competencia resultante de una exitosa estrategia de fijación de precios por debajo del costo, sólo la empresa estatal también se beneficia del aumento a corto plazo en la producción necesaria para llevar a cabo esta estrategia y de nunca más tener bajar el precio y aumentar la producción en respuesta a la futura entrada»¹⁷.

Como bien indica Lott, debido a los intereses que suele perseguir una empresa pública, ésta tiene los incentivos suficientes para buscar los beneficios derivados de la primera parte de una estrategia predatoria. En efecto, con la

¹⁷ John R. Lott. Are predatory commitments credible? Who should the courts believe? Chicago: The University of Chicago Press. 1999. Página 74.

Traducción libre de “[...] government-owned enterprises are motivated by goals such as out-out, employment, or revenue maximization [...]. Building on this work, I argued that if government enterprises are motivated by these nonprofit-maximizing objectives, attainment of these goals will be facilitated by the firm’s pricing below cost and, by its actions, causing the eventual exit of its competitors. While both government and privately owned firms benefit from the long-term reduction in competition resulting from a successful strategy of below-cost pricing, only the government-owned enterprise also benefits from the short-term increase in its output required to undertake this strategy and from never again having to lower price and increase output in response to future entry.”

sola disminución de sus precios puede estar consiguiendo precisamente aquellos objetivos que la distinguen de las empresas privadas: mayor producción, mayor alcance de sus productos en el mercado, beneficiar a los consumidores con menores precios, etc.

Por otro lado, las empresas públicas no suelen encontrarse atadas a la necesidad de recuperar sus pérdidas en una segunda etapa de la estrategia predatoria (precisamente porque no son maximizadoras de beneficios), lo cual las coloca en una mejor posición que las empresas privadas a efectos de desarrollar estas conductas. De hecho, las empresas públicas suelen no buscar esta segunda etapa, centrando su interés únicamente en la reducción inicial de precios.

Precisamente respecto de la mayor capacidad para actuar de manera anticompetitiva de una empresa pública respecto de una empresa privada, Sappington y Sidak señalan:

«[...] Una empresa estatal puede tener un mayor incentivo para cobrar precios por debajo del costo de lo que hace una empresa privada. Además, una empresa estatal puede aumentar la capacidad de cobrar precios por debajo del costo y de otra manera poner en desventaja. Hay al menos cinco razones de esta capacidad mejorada.

En primer lugar, el marco legal que crea una empresa estatal puede imponerle la obligación, o de conferirle la prerrogativa, para perseguir objetivos distintos de la maximización de utilidades, como prestar del servicio universal de manera uniforme, o establecer geográficamente un precio promedio. Este deber o prerrogativa pueden dotar a una empresa estatal con mayor capacidad de la empresa privada, que maximiza los beneficios de mantener los precios por debajo del costo durante largos períodos de tiempo [...]

En segundo lugar, una empresa estatal puede no tener que recuperar las pérdidas subiendo los precios en el mercado no reservado. [...] A diferencia de una empresa privada, una empresa estatal puede tener una sustancial capacidad de recuperar sus pérdidas por el aumento de los precios en los mercados en los que tiene reservados un monopolio legal, o por medio de los gastos directos de la hacienda pública [...]

En tercer lugar, a diferencia de la empresa privada que no puede rechazar el ingreso de nuevos competidores, cuando los precios en última instancia, se elevan a niveles rentables, las empresas estatales pueden ser capaces de impedir cualquier entrada. Esta capacidad se debe a que las empresas estatales a menudo son

empresas multiproducto que se benefician de los monopolios legales sobre los productos o servicios relacionados [...]

En cuarto lugar, una empresa estatal puede disfrutar de los privilegios e inmunidades (aparte de los explícitos subsidios estatales de operar a pérdida) que facilitan la recuperación de las pérdidas incurridas en los mercados no estratégicos o hacerlas irrelevantes. La ausencia de la obligación de pagar un rendimiento competitivo sobre el capital invertido disminuye el costo de los fondos que una empresa estatal puede usar para subsidiar las pérdidas en los mercados no estratégicos. Además, una empresa estatal pueda estar exenta del pago de impuestos, que en efecto reduce sus costos de operación.

En quinto lugar, una empresa privada está sujeta a menos regulación de precios vinculante que una típica empresa privada sujeta a regulación porque la agencia que supervisa a la empresa privada no tiene instrumentos regulatorios a diferencia de quien supervisa a la empresa privada»¹⁸.

De lo hasta aquí señalado podemos apreciar los retos que impone a la regulación de competencia el análisis de conductas predatorias desarrolladas

¹⁸ David Sappington, y J. Gregory Sidak. Competition Law for State-owned enterprises. Antitrust Law Journal No. 2. 2003. Página 512-513.

Traducción libre de:«[...] an SOE may have greater incentive to charge below-cost prices than does a private firm. In addition, an SOE may have expanded ability to charge below-cost prices and otherwise disadvantage competitors. There are at least five sources of this enhanced ability.

First, the legal framework that creates an SOE may impose upon it the duty, or confer upon it the prerogative, to pursue objectives other than profit maximization—such as the provision of universal service at a uniform, geographically averaged price. This duty or prerogative may endow an SOE with greater ability than private, profit-maximizing firm to sustain prices below costs for extended periods of time. [...]

Second, an SOE may not need to recoup losses by ultimately raising prices in the non-reserved market. [...] unlike a private firm, an SOE may have substantial ability to recoup its losses by raising prices in reserved markets where it has a statutory monopoly, or via direct expenditures from the public treasury [...]

Third, unlike the private firm that may find it impossible to repel entry when prices ultimately rise to profitable levels, SOEs may be able to preclude any such entry. This ability arises because SOEs often are multiproduct firms that benefit from statutory monopolies over related products o services [...]

Fourth, an SOE may enjoy privileges and immunities (apart from explicit state subsidies of operating losses) that facilitate recoupment of losses incurred in non-core markets or make the irrelevant. The absence of obligation to pay a competitive return on invested capital lowers the cost of funds that an SOE may use to subsidize losses in non-core markets. In addition, an SOE may be exempt from taxation, which in effect reduces its operating costs.

Fifth, an SOE may be subject to less binding price regulation than is a typical private firm subject to regulation because the agency overseeing the SOE, unlike those overseeing private firms, lacks key regulatory instruments».

por empresas públicas. En efecto, dado que los esquemas regulares utilizados por la regulación de competencia no se ajustan al análisis que debe efectuarse para el caso de empresas públicas, resulta importante replantear la forma como éstas deben ser evaluadas en su actuación en el mercado.

Ello debido a que si bien las empresas públicas no se ajustan a los criterios de maximización de beneficios, lo cierto es que –en algunas circunstancias- poseen mayores incentivos para desarrollar conductas anticompetitivas que las empresas privadas aunque ello se dé por intereses diferentes a la maximización de beneficios.

Es por lo anterior que ante conductas anticompetitivas desarrolladas por empresas públicas, las exigencias establecidas por las normas de competencia deberían de ser adecuadas a las especiales características de éstas.

Así, por ejemplo, para el caso de las conductas predatorias, no debería ser exigible la viabilidad de la estrategia para obtener ingresos monopólicos en una segunda etapa de la estrategia ni la necesidad de acreditar una intencionalidad anticompetitiva. Ello, como hemos señalado, debido a que el interés de una empresa pública suele encontrarse en el desarrollo de la primera etapa, la cual de por sí puede generar efectos negativos en la competencia (reducir competencia, ya sea eliminando competidores actuales, disciplinándolos para que no reduzcan sus precios, o desincentivando el ingreso de competidores potenciales).

Por otro lado, para el caso de las conductas predatorias también resulta un elemento central el establecer criterios diferentes para el caso de las empresas públicas al momento de determinar el nivel de precios que se considerará predatorio y el análisis que para tales efectos se desarrollará.

Sobre el particular, Sappington y Sidak señalan:

«A la luz del gran incentivo y la habilidad de las empresas estatales para participar en actividades anticompetitivas [...] Recomendamos que el precio mínimo de las empresas públicas exceda al costo que es tomado como base para la maximización de beneficios de la empresa. La medida en que debe exceder el precio mínimo al promedio del costo marginal de largo plazo dependerá de diversos factores, incluyendo el incentivo y la capacidad de la empresa pública para lograr objetivos diferentes al de maximizar beneficios, la medida en que sea difícil medir el promedio de costos marginales de largo plazo de las empresas públicas, y la magnitud del alcance de las economías en las que se benefician las empresas públicas debido a su status de monopolio en un área determinada. Este factor difiere

para distintas empresas públicas, y por ende el precio mínimo adecuado será diferente para distintas empresas públicas»¹⁹.

Precisamente debido a las ventajas con que cuenta una empresa pública para manejar sus precios (subsidios estatales o ingresos derivados de mercados reservados, por ejemplo), resulta importante establecer criterios de evaluación diferentes, colocándoles “precios piso” más elevados que para el caso de las empresas privadas (el cual hemos indicado suele ser el costo marginal). En efecto, por sus especiales características las empresas públicas pueden causar distorsiones en el mercado mediante la reducción sostenida de precios, aunque estos no necesariamente lleguen a niveles inferiores a su costo marginal.

Como bien señalan Sappington y Sidak, es por ello que el nivel de costos que se establezca como referente debe ser calculado de acuerdo con las principales características de la empresa en cuestión, tales como su capacidad para obtener objetivos distintos a la maximización de beneficios, la magnitud de sus economías de escala o los alcances de las reservas de mercado que puede tener a su favor por mandato legal.

De lo contrario, podrían permitirse situaciones en las cuales empresas públicas mantengan sostenidamente precios que, sin llegar a ser inferiores a sus costos, terminen por reducir los incentivos que normalmente hubieran existido para el ingreso de nuevos competidores o que conlleven a que los competidores actuales se retiren del mercado por considerarlo poco rentable.

Por otro lado, la evaluación de costos de una empresa pública deberá también ser efectuada de manera particular, atendiendo a que muchas veces la contabilidad de una empresa de este tipo no responde precisamente a los mismos criterios de una empresa privada. En efecto, resulta común que la contabilidad de empresas públicas se encuentre distorsionada por diferentes elementos, tales como la inclusión de costos distintos a los relacionados con el giro comercial, la inclusión de subsidios estatales, la existencia de subsidios

¹⁹ David Sappington, y J. Gregory Sidak. Competition Law for State-owned enterprises. *Antitrust Law Journal* No. 2. Página 523.

Traducción libre de: «In light of the greater incentive and ability of SOEs to engage in anticompetitive activities, (...) we recommend that the price floor for the SOE should exceed the cost measure that sets the floor for a profit-maximizing firm. The extent to which the price floor should exceed the SOE's LRAIC will depend upon a variety of factors, including the incentive and ability of the SOE to pursue objectives other than profit maximization, the extent to which the SOE's LRAIC is difficult to measure, and the magnitude of the scope economies that the SOE enjoys because of its statutory monopoly in a reserved area. This factor differ for different SOEs, and thus the most appropriate price floor generally will differ for different SOEs»

cruzados entre productos (derivados de mercados reservados), la reducción de costos a efectos de dar un manejo “político” a la contabilidad de la empresa, etc.

Sin perjuicio de todo lo anterior, lo cierto es que en la actualidad no existe un reconocimiento claro a nivel legislativo o jurisprudencial respecto de la necesidad de aplicar reglas de competencia más “estrictas” para los casos de empresas públicas. Ello hace que, en principio, resulte más difícil lograr una sanción de empresas públicas por actos anticompetitivos, ya que muchas veces tendrán como defensa que su conducta no se adecua a lo establecido en las normas de competencia, pese a que en la realidad puedan ser susceptibles de distorsionar el mercado.

Sin embargo, el caso de la Deutsche Post AG (DPAG), empresa estatal que ostentaba el monopolio postal en Alemania, contiene algunos elementos relevantes para nuestro análisis. En dicho caso la denuncia se inició por un reclamo de la UPS (Servicio Postal Universal) en el sentido de que la DPAG estaba incurriendo en subsidios cruzados al utilizar su poder monopólico en el mercado de correspondencia para competir en el mercado de mensajería de paquetes, financiando con sus ingresos en el primero de dichos mercados (donde ostentaba un monopolio legal) la venta de servicios por debajo del costo en el segundo de ellos.

Esta denuncia dio lugar a que la Comisión Europea sancionara a la DPAG por abuso de posición dominante por establecer precios predatorios y otorgar descuentos de fidelidad a sus clientes en servicios de mensajería de paquetes²⁰. Como resultado, la DPAG se vio obligada a crear una entidad separada para servicios de mensajería de paquetes con un sistema de contabilidad independiente y transparente, bajo precios de mercado.

Cabe señalar que, en su decisión, la Comisión se cuidó de precisar que todo bien o servicio ofrecido por quien ostenta una posición monopólica en un mercado vinculado debe ofrecerse cuando menos al costo incurrido por abrir una nueva rama bajo una situación competitiva (costo medio incremental de largo plazo), siendo las conductas contrarias a ello abusos de posición de dominio bajo la modalidad de predación de precios, sancionables bajo el artículo 82 del Tratado de Roma.

A pesar de que en el caso Deutsche Post el criterio de evaluación de la realización de prácticas anticompetitivas fue establecer precios por debajo del

²⁰ Decisión del 20 de marzo de 2001. Asunto COMP/35.141- Deutsche Post AG.

costo medio incremental de largo plazo, el cual es a grandes rasgos el criterio aplicado para todas las empresas públicas y privadas, lo particular de este caso y su importancia radica en que la empresa pública fue tratada de manera similar a una empresa privada. Sus obligaciones con el Estado no fueron un atenuante de sus actos en otros mercados. Ello pese a que la denunciada señaló que su actuación se encontraba justificada en la necesidad de extender sus servicios a precios accesibles para la mayor parte de los consumidores.

V. Conclusiones

Como hemos visto el marco regulatorio de protección de la competencia ofrece instrumentos que se adaptan con dificultad a la tarea de disciplinar el comportamiento de las empresas del Estado quienes –por distintas razones– tienen una natural predisposición a colocar precios por debajo de los costos.

Convendría una revisión y ajuste de las reglas de competencia aplicables a la actuación de las empresas del Estado en el mercado. Pero sería mejor el abandonar por completo aventuras empresariales del Estado. Nuestra experiencia pasada revela que estos modelos terminan distorsionando la competencia y afectando al consumidor. Esperamos que dicha iniciativa no prospere y nunca tengamos la necesidad de tomar en serio lo dicho en este artículo. El proyecto *Petro Reloaded* debiera dejar paso a un simple *Petro Retro*. ¡Suena mejor!