

LA CORTE DE ROBERTS (CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS) VERSUS EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO: LA LIBRE COMPETENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

THE ROBERTS COURT (THE UNITED STATES SUPREME COURT) VERSUS THE PERUVIAN CONSTITUTIONAL COURT: ANTITRUST IN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

Oscar Sumar Albuja*

Universidad del Pacífico y

Pontificia Universidad Católica del Perú

Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS

Ex Editor General de THĒMIS-Revista de Derecho

Within the framework of the process of constitutionalization of Law, the treatment towards antitrust regulation is being discussed on the jurisprudential level. An idea has appeared that suggests that deciding against antitrust regulation is beneficial for companies, but has a negative impact towards society

In the present article, the author does a comparison between the Peruvian Constitutional Court jurisprudence about antitrust and the jurisprudence of the Supreme Court of the United States, demonstrating that tending towards regulation is harmful for society.

The author also raises the question about the reasons for which the Supreme Court of the United States has a clear and defined criteria to decide when it is convenient to regulate antitrust, called "decision theory", while the Peruvian Court has an erratic and unjustified criteria to decide about regulation of antitrust.

KEY WORDS: *Constitutional Court; United States Supreme Court; antitrust; Economic Constitution.*

En el marco del proceso de constitucionalización del Derecho, el tratamiento de la libre competencia se ha venido discutiendo a nivel jurisprudencial. Así, ha surgido la idea de que decidir no regular la libre competencia beneficia a las empresas, mas no a la sociedad en general.

En el presente artículo, el autor propone una comparación entre la jurisprudencia respecto a la libre competencia del Tribunal Constitucional peruano y la de la Corte Suprema de los Estados Unidos, buscando demostrar que, más bien, tender a la regulación es perjudicial para la sociedad.

Asimismo, el autor abre la interrogante acerca de las razones por las cuales la Corte estadounidense tiene un criterio claro respecto a cuándo no es conveniente la regulación, mientras que el Tribunal peruano tiene un criterio errático y no justificado para tomar decisiones al respecto.

PALABRAS CLAVE: *Tribunal Constitucional; Corte Suprema de Estados Unidos; libre competencia; Constitución económica.*

* Abogado. Magíster en Derecho (LL.M) y candidato al Doctorado en Derecho por la Universidad de California, Berkeley. Profesor e investigador en el Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico. Docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión Permanente de Ética del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR). Contacto: sumar_o@up.edu.pe.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 04 de julio de 2015, y aceptado por el mismo el día 18 de julio de 2015.

I. PALABRAS PRELIMINARES

No quiero dejar pasar la oportunidad para saludar a los miembros actuales y pasados de THĒMIS por los cincuenta años de la asociación; en especial, a los miembros de la Asamblea del año 2005. Durante ese año, en el que tuve la suerte de ser Director de la Comisión de Contenido, THĒMIS se convirtió en mi vida. Creo que en pocas oportunidades he aprendido más acerca de mí mismo y crecido más como persona, gracias a ese espacio mágico que da THĒMIS.

II. INTRODUCCIÓN

En este artículo, haré una comparación entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos [en adelante, Corte Suprema de USA], específicamente la Corte de Roberts, y la del Tribunal Constitucional peruano [en adelante, TC]. He elegido solo el periodo actual de la Corte Suprema –2005 a la fecha–, porque me parece más “justo” comparar solo diez años de la jurisprudencia de una corte que tiene más de doscientos años, con la de una que tiene poco más de veinte.

No es la única dificultad que presenta esta comparación. La Corte Suprema de USA no es un tribunal constitucional. No deroga normas independientemente de situaciones. Además, ve temas de “Derecho ordinario” y tiene la capacidad para analizar temas técnicos como libre competencia, como lo haría el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual [en adelante, Indecopi] en Perú. Nuestro TC juega en el nivel constitucional, con principios generales y, teóricamente, sin entrar en detalles “técnicos”.

Sin embargo, la manera en la que actúa nuestro TC no está escrita en piedra. Los mandatos constitucionales le imponen ciertos límites, pero el TC decide interpretar sus propias competencias o los mandatos de libre competencia de acuerdo a sus propias preferencias. En este breve artículo, pretendo establecer un contraste entre la manera coherente en la que actúa la Corte Suprema de USA y la manera errática en la que actúa nuestro TC.

Además, pretendo mostrar cómo muchas veces creemos que ir en contra de la regulación es “pro-empresa”, cuando muchas veces es todo lo contrario. La Corte Suprema de USA, al interpretar de manera restrictiva las normas de libre competencia, en realidad, actúa a favor de la sociedad, no de las empresas. Por el lado del TC, es más difícil

establecer un patrón, dado su actuar errático. Sin embargo, argumentaré que, en términos generales, tiene una actuación que tiende a favorecer a las empresas dado su rechazo a involucrarse en temas económicos.

III. ¿CORTES “PRO-EMPRESA” O ANTI-EMPRESA?

A. La Corte de Roberts

La Corte del *Chief Justice* Roberts es entendida como una de las más “pro-empresa” de la historia de Estados Unidos¹. Estadísticamente, la Corte de Roberts es la que más casos sobre negocios ha tomado. Recordemos que la Corte Suprema de Estados Unidos, a diferencia de nuestros tribunales, no tiene el deber de aceptar cualquier caso que llegue a su puerta, sino que puede elegir qué casos tomar. Siendo esto así, es llamativo que esta Corte Suprema haya visto más casos sobre regulaciones de empresas que sus antecesoras.

Pero no solo importa el número, sino también el fondo de las decisiones. En el caso de la Corte Suprema de USA, una decisión paradigmática se encuentra en el caso *Citizens United*. Hasta antes de esa decisión, las empresas no podían financiar campañas políticas. La prohibición era un intento de evitar la captura del proceso regulatorio por parte de las empresas.

Sin embargo, existen opiniones divididas en torno a la orientación “pro-empresa” de la Corte. En el caso particular de la libre competencia, la Corte ha tendido a declarar infundadas las demandas, lo cual se podría entender como un reconocimiento de que las empresas pueden reducir la libre competencia –en contra de los intereses de los consumidores– a fin de aumentar sus ganancias.

Es cierto que, en la mayoría de las decisiones de la Corte, son declaradas infundadas las demandas. No obstante lo anterior, no necesariamente es cierto que la Corte tenga una orientación “pro-empresa”.

Existen dos normas fundamentales en la libre competencia: (i) una dice que no puedes restringir la competencia mediante acuerdos; y, (ii) la otra, que no puedes abusar de tu posición de dominio. Ese es el mandato básico de la Sherman Act. Pero, ¿eso quiere decir que cualquier acuerdo que restrinja la competencia es contrario a los intereses de los consumidores? Los contratos de compra-venta son, esencialmente, acuerdos que restrin-

¹ Ver, como muestra, el artículo periodístico de Jeffrey Rosen: ROSEN, Jeffrey. “Supreme Court Inc.”. En: <http://www.nytimes.com/2008/03/16/magazine/16supreme-t.html>.

gen la competencia, pues solo podrás entregar el bien a la persona que lo haya comprado, al menos en las jurisdicciones –como la nuestra– que no admitan el “incumplimiento eficiente”².

Hablaremos más sobre esto luego. El punto relevante aquí es que no todas las decisiones que niegan la aplicación de normas de libre competencia son contrarias a los intereses de los consumidores o “pro-empresas”.

Una explicación alternativa a la propensión de la Corte de Roberts de tomar casos que tengan que ver con negocios es que, lejos de querer favorecer a las empresas, la Corte tiene una preocupación por el funcionamiento del mercado en general y de la eficiencia en la toma de decisiones en particular. En relación al primer punto, al igual que la corte de la Era Lochner, esta Corte existe en un período donde lo más relevante es la economía. En la época de Lochner se debió a la crisis; en esta época, posiblemente tenga relación con que la mayoría de derechos fundamentales –y conflictos fundamentales– ya han sido resueltos por la sociedad norteamericana³.

De esta manera, vemos cómo un entendimiento más profundo del proceso regulatorio y las motivaciones de la Corte puede llevarnos a conclusiones radicalmente diferentes. En seguida, mostraré el contraste con el TC peruano que, confío, ayudará a profundizar dicho entendimiento.

B. El Tribunal Constitucional peruano

El TC peruano difícilmente sería descrito como un TC “pro-empresa”, por lo menos conceptualmente. El TC, por su propia estructura, es un tribunal dedicado a la protección de derechos fundamentales. Su misión, a diferencia de la corte americana, no es lograr la eficiencia ni el resultado que optimice el funcionamiento del mercado. El TC peruano tiene el mandato de proteger derechos fundamentales.

Sumado a esto, tal como he reseñado y demostrado en una publicación anterior⁴, el TC tiene una

tendencia a declarar infundadas las demandas que tienen que ver con derechos económicos. Y no solo eso, el TC tiene alguna jurisprudencia –de una de las salas– que incluso dice que los derechos económicos no son susceptibles de ser dilucidados en procesos constitucionales, sino que la vía correspondiente son los procesos ordinarios⁵.

Sin embargo, ¿esto significa ser “anti-empresa”? De responder afirmativamente, estaríamos asumiendo que las empresas –esencialmente– se oponen a la regulación. Al igual que en el caso de la Corte de Roberts, la respuesta es contraria a lo que uno pensaría a primera vista. Muchas veces, ser “pro-regulación” es ser “pro-empresa”, contrariamente a lo que uno podría suponer.

Tal como han señalado Yandle y Smith^{6 7} en la ya famosa teoría “Bootleggers and Baptists”, una manera evidente en la que los comerciantes obtienen ventajas es solicitando subsidios, concesiones o exenciones de impuestos. En este caso, ambos, los “bien intencionados” y los buscadores de rentas, actúan como socios. Sin embargo, existe una manera menos obvia en la que los grupos de interés consiguen rentas: las empresas pueden obtener regulación para su industria, que eleva los costos de producción, reduciendo la competencia.

De esta manera, muchas veces, cuando creemos proteger a los consumidores, en realidad estamos protegiendo los intereses de las empresas. En este caso, los “bien intencionados” le hacen el juego a las empresas, sin querer. De ahí viene el nombre de la teoría, que podría ser traducido como “Empresarios y Moralistas”.

Los autores ponen un ejemplo histórico en el que comerciantes ingleses utilizaron una provisión en la Magna Carta para obtener ventajas sobre competidores foráneos. Ellos exigieron una “uniformización” –en vestido y otros implementos–, que era mucho más fácil de acatar para los productores locales que para los foráneos, dado que estos vendían en muchas plazas, cada una de las cuales tenía reglas de uniformización distintas. En nuestra reali-

² LAMBERT, Thomas. “The Roberts Court and the Limits of Antitrust”. En: Boston College Law Review 52. 2011.

³ Al momento de escribir este artículo, la Corte ha resuelto el caso del matrimonio gay.

⁴ SUMAR, Oscar. “Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: Un análisis estadístico y econométrico”. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional 5. 2012.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 04446-2007-AA, de fecha 4 de julio de 2007.

⁶ YANDLE, Bruce y Adam SMITH. “Bootleggers and Baptists: How Economic Forces and Moral Persuasion Interact to Shape Regulatory Politics”. Washington: Cato Institute Press. 2014.

⁷ En el mismo sentido, “[...] Legislación dirigida a garantizar la calidad y seguridad de los productos puede fácilmente tener el efecto, queriéndolo o no, de proteger los intereses de los productores establecidos. Esto tiene que ver en gran medida con la dinámica de la competencia. Estándares de alta calidad y seguridad pueden tender a proteger la posición de los productores establecidos en una industria dada. Allí donde existan estos estándares de protección al consumidor, nuevos competidores no podrán entrar ofreciendo productos de relativamente menor calidad”. WHITMAN, James. “Consumerism versus Producerism: A Study in Comparative Law”. En: Yale Law Journal 117. 2007.

dad local, se puede pensar en las uniformizaciones demandadas por las municipalidades a los taxistas, que –en realidad– tienen muy poca función, más allá de encarecer el costo de dedicarse a “*taxear*”.

En este sentido, la imagen que uno puede tener del TC como “pro-consumidor” y de la Corte de Roberts como “pro-empresa” puede ser diametralmente opuesta a la realidad. Probablemente es exactamente al revés. El TC, al avalar regulación que eleva los estándares de producción, está restringiendo la competencia a conveniencia de los productores establecidos. La Corte de Roberts, por el contrario, al limitar –u “optimizar”– la aplicación de regulación –al fin y al cabo, las reglas de libre competencia son regulaciones–, podría estar protegiendo los intereses de la sociedad en su conjunto.

Esto, claramente, no es blanco y negro. Diría que las cortes de estos países son, en gran medida, un reflejo de sus sociedades. La sociedad americana es mucho más tendiente al individualismo y al pragmatismo que la peruana. Si bien los jueces de la Corte Suprema no aplican el Análisis Económico del Derecho como regla –salvo el *Justice Breyer*–, tal como ha dicho Posner, sí aplican el pragmatismo, que es –en gran medida– la base del funcionalismo y del análisis económico⁸.

Desde el punto de vista pragmático, una regla relativamente simple para llevar la economía al óptimo es no regulando. Estados Unidos, más allá de decisiones paradigmáticas como el caso *Lochner*, no ha abrazado la tradición libertaria, sino el pragmatismo que lleva a evaluar la racionalidad de las decisiones. Incluso *Lochner* no es una oda al movimiento libertario, contrariamente a lo que expresó Holmes en su voto disidente. Lo que dice *Lochner*, en buena cuenta, es que la regulación requiere ser racional⁹.

Esto tiene su expresión tanto en el fondo de las decisiones –ya hablamos de la tendencia del TC a declarar infundadas las demandas que tienen que ver con derechos económicos–, como en la forma. Es un hecho conocido por los constitucionalistas que el TC no da indemnizaciones. Pese a no existir una prohibición expresa para hacerlo, el TC se ha

“autolimitado”, lo cual resulta risible considerando que hace otras cosas que claramente exceden mucho más sus atribuciones. Podría parecer que dar indemnizaciones es un detalle insignificante, pero en muchos casos hubiera servido para una mejor decisión¹⁰.

Habiendo delimitado, en líneas generales, las aproximaciones de ambos tribunales hacia los derechos de las empresas y la regulación, ahora pasaremos a referirnos específicamente acerca de las posiciones que ambos han tomado acerca de temas concretos que tienen que ver con libre competencia. En el caso de la Corte de Roberts, serán temas más “técnicos”, por la propia estructura de la Corte; mientras que, en el caso del TC, serán temas más ligados al proceso político o derechos constitucionales. Además, veremos que, mientras que la Corte de Roberts tiene una clara tendencia para resolver los casos –que se puede definir como la *decision theory*–, nuestro TC tiende a resolver los casos de manera errática.

IV. LAS CORTES Y LA LIBRE COMPETENCIA

A. La Corte de Roberts

La Corte de Roberts ha sido definida como una Corte preocupada por una *decision theory*, que es una aproximación que toma menos en cuenta los resultados para una determinada parte o “jugador” y más en cuenta el proceso, acercándose, de esta manera, más a la Escuela de Harvard que a la Escuela de Chicago de *antitrust*¹¹. Haciendo un símil, la Corte estaría centrada, sobre todo, en reducir los “costos primarios” y “costos terciarios”, expuestos por Calabresi¹² en su clásico trabajo acerca del Costo de los Accidentes.

Tal como lo expone el mismo Lambert, “[...] todas las decisiones de antitrust que la Corte de Roberts ha dado hasta ahora pueden ser defendidas a la luz de la *decision theory*, que manda moldear las reglas legales de tal modo que se minimice el costo de la decisión y los errores judiciales. Ellas representan entonces una respuesta óptima –y, en última instancia, amigable a los consumidores– a los límites del antitrust”¹³.

⁸ POSNER, Richard. “How Judges Think”. Nueva York: Harvard University Press. 2008.

⁹ MAYER, David. “Liberty of Contract: Rediscovering a Lost Constitutional Right”. Washington: Cato Institute Press. 2011.

¹⁰ Por ejemplo, ver el “Caso Nextel”, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 04223-2006-AA, de fecha 2 de junio de 2007.

¹¹ LAMBERT, Thomas. Óp. cit.

¹² CALABRESI, Guido. “The costs of accidents: a legal and economic analysis”. New Haven: Yale University Press. 1970.

¹³ Traducción libre de: “[...] all the antitrust decisions the Roberts Court has thus far rendered can be defended in light of *decision theory*’s instruction to craft legal rules so as to minimize the sum of decision and error costs. They therefore represent an optimal—and ultimately consumer-friendly—response to the limits of antitrust”. LAMBERT, Thomas. Óp. cit. p. 879.

La *decision theory* está enfocada específicamente en los siguientes puntos:

- (i) Probabilidades de que la regla arroje una decisión incorrecta (considerando que una decisión incorrecta condenatoria es más costosa que una absolutoria);
- (ii) La magnitud de las pérdidas que resultarán del error; y,
- (iii) La dificultad de administrar la regla.

Al minimizar el error y los costos de administrar la regla, la Corte se aseguraría de alcanzar resultados cercanos al óptimo que, en buena cuenta, significa el balance ideal –en términos económicos– de libertad y restricciones a la competencia. Este balance no necesariamente está reñido con permitir prácticas que, bajo una óptica –equivocadamente considerada– de protección al consumidor, serían prohibidas.

Todo esto, claro, partiendo de la idea de que la protección a los consumidores no es el objetivo de las normas de libre competencia –contrariamente a lo que cree la escuela post Chicago–, sino maximizar los beneficios de la sociedad¹⁴. La razón es relativamente simple: desde el punto de vista económico, la primera preocupación es maximizar, y, luego, preguntarse acerca de la redistribución, no al revés¹⁵.

1. “Leegin”

Esta decisión es criticada y considerada una de las más radicales en el tema por parte de la Corte. El caso trata sobre la imposición de precios mínimos al nivel del *retail* por parte de los productores. La regla, hasta antes del caso “Leegin”, era que ésta era una violación *per se* de las normas de libre competencia.

La sentencia ha sido percibida, erróneamente, como “pro-empresa”. Sin embargo, debe considerarse que la imposición de precios no es necesariamente contraria al interés de la sociedad. Por ejemplo, como explica la mayoría en esta decisión, los distribuidores podrían enfocarse en proporcionar a los clientes servicios extra como entrenamiento para usar el producto, demostraciones o reparaciones. Esto es así porque, al no poder competir sobre el precio, los distribuidores

tenderían a competir por otros servicios o incrementando la calidad del producto (a través de estos servicios extra).

Por otro lado, el hecho de que la Corte haya derogado un precedente de cien años para dictar este caso no debería ser tan problemático, considerando: (i) la cantidad de excepciones que se aplicaron contra dicho precedente; y, (ii) el hecho de que las normas de libre competencia suelen evolucionar más rápido que las normas en otras áreas del Derecho, debido a que evolucionan paralelamente con el avance de la ciencia económica.

Si hemos dicho que la directiva de la Corte es reducir el error, los costos de los errores y el costo de administrar el sistema; entonces, ¿no es esta decisión contradictoria? Habitualmente, una regla de la razón es más costosa que una regla *per se*. Sin embargo, en este caso en particular, la regla *per se* tenía tantas excepciones que era difícil de administrar. Por otro lado, la regla *per se* tiene un alto costo si el impacto de la conducta sancionada en la competencia es ambiguo. En este caso, la propia doctrina está dividida en torno al impacto del precio mínimo de *retail* en la competencia.

De esta manera, la regla *per se* anterior podía llevar a errores al tener muchas excepciones y al ser difícil determinar cuándo es o no anti-competitivo el precio mínimo. Por otro lado, el costo del error tiende a ser mayor cuando prohíbe una conducta que cuando la permite. En ese sentido, es preferible equivocarse a favor de la conducta. Es parecido a no cobrar un *offside* dudoso en un partido de fútbol. El costo de anular un gol válido es mayor que el costo de no cobrar un *offside* dudoso.

2. “Weyerhaeuser”

En este caso, la Corte explícitamente dice que va a usar una aproximación *decision-theoretic* en el sentido explicado arriba, a diferencia del caso “Leegin”, donde lo hace de manera implícita¹⁶.

El caso es sobre dos productores, Weyerhaeuser y Ross-Simmons, que vendían el mismo producto (madera procesada) y compraban los mismos insumos (madera sin procesar). Ellos compraban a los mismos proveedores, por lo que competían por los insumos. Weyerhaeuser creció de manera sustancialmente mayor a Ross-Simmons, sacándolo eventualmente del negocio. La estrategia fue

¹⁴ CARLTON, Dennis. “Does Antitrust need to be Modernized?” En: The Journal of Economic Perspectives 21. 2007. pp. 156-158.

¹⁵ Ibid. p. 157.

¹⁶ LAMBERT, Thomas. Óp. cit. p. 890.

comprar madera en mayores cantidades y a un mayor precio, por el que Ross-Simmons no podía competir. A pesar de esto, Weyerhaeuser siguió vendiendo la madera al mismo precio a los consumidores finales.

Ante esta situación, Ross-Simmons presentó una demanda señalando que Weyerhaeuser había monopolizado el mercado a través de *predatory bidding* –compras a precios predatorios, altos–, lo que lo hizo sufrir lo que se conoce como “squeeze”. La Corte, al resolver el caso, utilizó –por analogía, diríamos nosotros– el precedente contenido en el caso *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* (1993). En este caso, la Corte había señalado que el *predatory pricing* –ventas a precios predatorios, bajos– solo es sancionable cuando: (i) el precio cobrado sea menor que los costos; y, (ii) exista un riesgo real de que dichas pérdidas puedan ser recuperadas una vez que se logre el monopolio.

La Corte, así, señala que este criterio se debe mantener para el caso de las *predatory biddings*. ¿Estaba Weyerhaeuser vendiendo por debajo de sus costos (alzados por el alza del precio de los insumos ocasionado por su propia práctica)? Si la respuesta es no, no hay un caso de *antitrust*.

La Corte señala cuál es la “racionalidad” de su decisión: “[e]l primer aspecto del test [*en Brooke Group*] –requiriendo que el precio sea menor al costo– es necesario porque «[c]omo regla general, el efecto exclusorio de los precios arriba de una medida relevante de costos refleja una menor estructura de costos del demandado por predación, y así representa méritos competitivos, o está fuera de la habilidad de un tribunal judicial controlarlo». Nosotros estamos particularmente preocupados en permitir que se cobren daños por precios arriba de los costos porque permitir esas demandas podría, perversamente, «desincentivar legítimas reducciones de precios», que directamente benefician a los consumidores”¹⁷ [La traducción es nuestra].

Como se ve, la racionalidad de la decisión consiste en reducir los costos de las reglas de libre competencia, sea no desincentivando conductas eficientes o minimizando el costo de administrar el sistema.

3. “LinkLine”

En este caso, hay dos empresas de telecomunicaciones que ofrecen servicio de Internet a los consumidores. Sin embargo, solo una de ellas –AT&T– cuenta con la infraestructura para proveer el servicio. Es decir, estaba verticalmente integrada. AT&T le “alquiló” la infraestructura a LinkLine, pero a un precio “demasiado alto” de acuerdo a ésta. Luego, AT&T ofreció el servicio a un precio considerado bajo.

Al igual que en los casos anteriores, la Corte, usando el caso “Brooke Group” como parámetro, dijo que ni cobrar mucho a un competidor ni cobrar poco a los usuarios eran, por sí mismas, violaciones a la normativa *antitrust*. Nuevamente, además, la Corte se basa en el escepticismo, es decir, en la habilidad de los jueces para considerar que un precio es predatorio cuando está por encima de los costos de producción.

Tal como ha sido argumentado por Carlton, cobrar precios excesivos para sacar a la competencia *upstream* difícilmente será una estrategia usada regularmente. Si un monopolio verticalmente integrado puede obtener un precio supracompetitivo, lo hará al nivel del *retail*, no al nivel superior¹⁸. Si bien este análisis puede dejar de lado detalles de casos particulares, al menos existe una tendencia a que estos casos no sean violaciones a la libre competencia. Por tanto, una regla que haga más difícil encontrar “culpable” al monopolista parece más compatible con una estrategia que busque minimizar los costos de los errores de decidir casos de libre competencia. [El agregado y la traducción es nuestro].

4. “Independent Ink”

Este es un caso de “atadura” de bienes. Para que exista “atadura”, una persona debe tener posición de dominio en un mercado y luego “atar” un producto en el que no tiene posición de dominio a la venta de éste, entre otros requisitos. La regla, hasta antes del caso “Independent Ink”, era que si una empresa contaba con una patente sobre el producto al cual otro se ataba, se consideraba un hecho que ésta tenía posición de dominio en el mercado del producto principal. La Corte, en este caso, decidió que la mera posesión de una patente no provee de poder de dominio en el mercado necesariamente.

¹⁷ “The first prong of the [*Brooke Group*] test –requiring that prices be below cost– is necessary because «[a]s a general rule, the exclusionary effect of prices above a relevant measure of cost either reflects the lower cost structure of the alleged predator, and so represents competition on the merits, or is beyond the practical ability of a judicial tribunal to control». We were particularly wary of allowing recovery for above-cost price cutting because allowing such claims could, perversely, «chill[] legitimate price cutting», which directly benefits consumers”. Ibid. p. 893.

¹⁸ CARLTON, Dennis. “Should «price squeeze» be a recognized form of anticompetitive conduct?”. En: *Journal of Competition Law & Economics* 4. 2008. pp. 274-276.

Tal como es explicado por Lambert, “[d]esde el punto de vista de la decision theory, las virtudes de *Independent Ink* son obvias. La presunción de poder de mercado rechazada por la Corte en este caso era, por ponerlo gráficamente, una máquina de cometer errores. Las patentes son ubicuas; el poder de mercado no. Muchos, sino la mayoría, de productos que incorporan una patente de tecnología son vendidos en mercados competitivos”¹⁹.

Como se ve, nuevamente, la decisión de la Corte se basa en la minimización de los costos de la decisión y de los costos del error. En este caso, sin embargo, la regla puede ser más compleja de administrar. La meta, no obstante, es reducir los costos totales de las reglas de libre competencia.

5. “Dagher”

Este caso trata sobre si el hecho de que una *joint venture* fije los precios de sus productos es una violación *per se* o debe ser analizado bajo la regla de la razón. Dado que las *ventures*, casi por definición, implican que haya concertación en las decisiones relativas a la *venture*, todas estas acciones serían sancionadas salvo que se pruebe –una a una– su funcionalidad en relación a la *venture*. Esta decisión, así, representaría altos costos de administración con altas probabilidades de error.

Así, bajo la *decision theory*, la decisión de derogar esta regla parece ampliamente justificada, dado que ayuda –como en los demás casos mostrados– a reducir los costos de la aplicación de las reglas de libre competencia.

Hemos visto que todas estas decisiones²⁰, lejos de significar que la Corte tiene una tendencia “pro-empresa”, hacen notar que la preocupación de la Corte es que el mercado funcione de manera eficiente y que la regulación sea lo más eficiente posible, reconociendo los límites del *antitrust*.

B. El Tribunal Constitucional

Como ya dijimos, el TC tiene, en general, una tendencia anti-económica, en el sentido de que suele rechazar demandas que tienen que ver con temas económicos. Si uno coge ejemplos específicos, sin embargo, es difícil establecer una tendencia del TC.

Esto se debe a varios factores: (i) los jueces del TC varían con bastante rapidez –cinco años–, mientras que los jueces de la Corte Suprema de USA son jueces de por vida; (ii) debido a lo anterior, los jueces de la Corte no están sujetos a la presión política a la que sí están sujetos los miembros del TC; (iii) no todos los casos del TC son vistos por los mismos jueces, ni siquiera dentro de un mismo periodo, dado que el TC se divide en dos salas; (iv) el respeto a los precedentes en Perú es menor, pues no todo lo que dice el TC es un precedente vinculante, solo una porción minúscula de su jurisprudencia; a diferencia de la Corte Suprema de USA, que solo emite precedentes vinculantes; y, (v) el TC ve muchos casos al año, miles, con lo cual es probable que el protagonismo de los asesores sea mayor que en el caso de la Corte Suprema de USA.

Veamos algunos casos donde se nota esta inconsistencia:

1. ¿Los monopolios están prohibidos por la Constitución?

De acuerdo al TC, en un famoso caso, “[...] el artículo 61 [de la Constitución peruana] confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De esta forma, nuestro texto fundamental no admite que un solo productor satisfaga la demanda de todos los consumidores o usuarios, pues ello, en los hechos, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer recursos del consumidor o usuario.

El Estado debe, asimismo, evitar la instauración de posiciones dominantes, esto es, la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente, es decir, con opción de prescindencia de sus competidores, compradores y clientes o proveedores en función a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las peculiares características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico, etc.”²¹ [El agregado es nuestro].

¹⁹ Traducción libre de: “From the standpoint of decision theory, the merits of *Independent Ink*’s holding are obvious. The market power presumption the Court rejected was, put bluntly, an error cost machine. Patents are ubiquitous; market power is not. Many, if not most, products incorporating some patented technology are sold in competitive markets”. LAMBERT, Thomas. Óp. cit. p. 904.

²⁰ También pueden consultar estas decisiones citadas por Thomas Lambert (en: LAMBERT, Thomas. Óp. cit.): (i) *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* (2007); (ii) *Credit Suisse Securities (USA) LLC v. Billing* (2007); y, (iii) *American Needle, Inc. v. NFL* (2010).

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0008-2003-AI, de fecha 11 de noviembre de 2003. Fundamento Jurídico 37.

Sin embargo, ese mismo TC ha dicho “[q]ue el artículo 65 [el TC quiso decir el artículo 61] de la Constitución facilita y vigila la libre competencia, y combate toda práctica que la limite; que hay competencia imperfecta en el mercado, cuando el principio constitucional es la libertad de competencia y simultáneamente, en la práctica, existe la concentración de grandes empresas que configuran situaciones de monopolio con alto nivel de competitividad entre ellas; que si bien la posición de dominio en el mercado no está prohibida –porque eso supondría impedir el éxito empresarial– ello es así siempre que dicha posición dominante sea adquirida de manera legítima y no en base a normas jurídicas que sin justificación razonable la privilegian, vulnerando el principio de igualdad ante la ley [...]”²² [El agregado es nuestro].

Por cierto, esta segunda sentencia del TC es la correcta. Ninguna norma de libre competencia castiga la posición de dominio por sí misma, sino su abuso o prácticas que estén llamadas de manera exclusiva a restringir la competencia, como las concertaciones de precios.

2. ¿Los monopolios legales están prohibidos?

El TC también tiene una posición ambigua sobre este tema. En el caso contra el Congreso por la concesión de la telefonía a Telefónica del Perú S.A.A., el TC señaló que: “[...] el artículo 61 de la Constitución prohíbe al legislador crear o establecer nuevos monopolios mediante ley: «Ninguna ley –refiere dicho precepto constitucional– ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios».

Pero esa prohibición de crear monopolios legales no puede extenderse análogamente, a la regulación de los mecanismos y el proceso de eliminación de los monopolios preexistentes a la Constitución de 1993. Como antes se ha señalado, a través de la segunda fracción de la VIII Disposición Final y Transitoria de la Constitución se ha establecido un mandato de legislar, con carácter prioritario, sobre el proceso y los mecanismos para eliminar los monopolios que existan con anterioridad a su entrada en vigencia”²³.

En otras palabras, el TC hace gimnasia jurídica de la buena para llegar a la conclusión de que no todas las leyes que imponen monopolios legales están prohibidas, pese a haber dicho en otros ca-

so que todos los monopolios, incluso los logrados a través de la competencia en el mercado, están prohibidos.

En otro caso, sin embargo, el TC fue mucho más duro en combatir a una norma que, a diferencia de la anterior, ni siquiera disponía formalmente el establecimiento de un monopolio, sino que tenía el efecto de restringir la competencia, señalando que “[...] si bien la posición de dominio en el mercado no está prohibida –porque eso supondría impedir el éxito empresarial– ello es así siempre que dicha posición dominante sea adquirida de manera legítima y no en base a normas jurídicas que sin justificación razonable la privilegian, vulnerando el principio de igualdad ante la ley, por lo que no es aceptable que el Decreto Supremo 158-99-EF establezca una clasificación arbitraria, que otorga un trato preferencial a una categoría de cigarrillos, favoreciendo a algunos productores y/o comercializadores, respecto a los demás”²⁴.

3. ¿Los temas económicos relacionados a la libre competencia requieren probanza?

El TC también parece algo esquizofrénico acerca de su propia habilidad para dilucidar aspectos económicos en temas que tengan que ver con la competencia. Así, por ejemplo, en el también famoso caso involucrando a la empresa Dinos, en el que se acusaba a ésta de abusar de su posición de dominio al forzar a otras empresas a contratar de manera exclusiva con ella, el TC dijo:

“Debe quedar precisado que este tipo de controversias jurídicas no pueden ser dilucidadas a través del presente proceso constitucional, dada la naturaleza de tutela de urgencia y a la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional o el juez constitucional, en el marco de un proceso como el amparo, puedan realizar una actividad probatoria compleja. Más aún si, usualmente, para este tipo de controversias se requiere de la realización de análisis económico y jurídicos-económico, tal como lo han señalado los expertos que han informado en el proceso (Amadeo Petibó fojas 175, Baldo Kresalja R., fojas 205, Richard Webb, fojas 340). Con esta afirmación no se niega la posibilidad de cuestionar la decisión administrativa en caso se considere errado el análisis y calificación de las conductas, sino que solo se puntualiza que, a efectos de dicha revisión, existe otra vía igualmente satisfactoria

²² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1311-2000-AA, de fecha 19 de junio de 2001. Fundamento Jurídico 4.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0005-2003-AI, de fecha 3 de octubre de 2003. Fundamento Jurídico 27.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1311-2000-AA, de fecha 19 de junio de 2001. Fundamento Jurídico 4.

para la evaluación de los derechos constitucionales que pudieran haber sido afectados (artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional)²⁵.

Sin embargo, al mismo TC le parece obvio que una norma imponiendo tributos diferenciados tendrá efectos en la demanda en el caso de cigarrillos. Aparentemente, el TC puede calcular la elasticidad de la demanda, pero no el mercado relevante:

“El Tribunal Constitucional considera que es obvio –y no requiere, por ende, de probanza– el hecho de que, al trasladarse a los compradores o consumidores, el monto del Impuesto Selectivo al Consumo a los cigarrillos tipo “Premium” que se comercializan en más de tres países, ocurrirá una contracción en la demanda de tales cigarrillos, lo que no ocurrirá con los cigarrillos que se comercializan en menos de tres países, que sólo pagan la mitad o la cuarta parte del impuesto, alterándose, como resultado, el mercado y que, en caso que la demandante decidiera absolver el impuesto y mantener el mismo precio a sus clientes, el perjuicio a la demandante aparece más claro; que, en consecuencia, el nuevo Apéndice IV, en cuanto se refiere a cigarrillos y los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Supremo 158-99-EF es discriminatorio y viola el principio de igualdad tributaria plasmado en el artículo 74 de la Constitución y el Principio de Trato Nacional²⁶.

Como se ve, el TC utiliza un estándar completamente distinto para analizar dos casos que involu-

cran el entendimiento y uso de conceptos económicos que, quizá, no están a su alcance o, en todo caso, están a su alcance en ambos casos.

V. CONCLUSIONES

Esperamos haber mostrado cómo decidir en contra de las regulaciones no necesariamente significa ser “pro-empresa”, sino todo lo contrario. De esa manera, la Corte Suprema de USA, contrariamente a lo que uno podría suponer, no es “pro-empresa”. De modo inverso, nuestro TC, pese a su proclividad pro-regulatoria, es más cercano al interés de las empresas.

Por otro lado, la Corte de Roberts es una Corte coherente con una teoría sobre cómo resolver las controversias, que busca sobretodo reducir los costos de la aplicación de las normas de libre competencia. De manera inversa, nuestro Tribunal no tiene coherencia, presentando una serie de contradicciones sin justificación aparente y sin muchos años entre una y otra decisión.

Algunas de estas características y diferencias se pueden deber a razones culturales o a la estructura de nuestros mercados, mientras que otras a las propias características, funciones, mandatos y conformaciones de las Cortes que hemos comparado. Se requieren estudios adicionales y más comprensivos para determinar esto, pero espero, al menos, haber sembrado una semilla de curiosidad en jóvenes investigadores. ¶

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1963-2006-AA, de fecha 5 de diciembre de 2006. Fundamento Jurídico 14.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1311-2000-AA, de fecha 19 de junio de 2001. Fundamento Jurídico 5.