



JuS

Jurisprudencia

COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA Y PRAXIS JURÍDICA

ESPECIAL INTERNACIONAL

La declaración judicial de la paternidad extramatrimonial

Enrique Varsi Rospigliosi
Patricia Janet Beltrán Pacheco
Rosa Velarde Bolaños
Nora Lloveras
Catalina Elsa Arias de Ronchietto
María Victoria Famá
Ana Liési Thurler
Olga Orlandi

Directores

FELIPE OSTERLING PARODI
HERNANDO MONTOYA ALBERTI
FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

Comité Consultivo

JORGE AVENDAÑO V.
AUGUSTO FERRERO COSTA
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
JUAN MONROY GÁLVEZ
JAVIER NEVES MUJICA
ARSENIO ORÉ GUARDIA
PINKAS FLINT BLANCK

Noviembre

6

2007

GRILEY

CIVIL

Reynaldo Mario Tantaleán Odar: El divorcio por separación de hecho y la interpretación dinámica del artículo 345º-A del Código Civil
Christian Hernández Alarcón: El hijo alimentista en los tiempos del ADN

PROCESAL CIVIL Y ARBITRAL

Briana Canorio Calderón / Lener Paredes Arévalo: Consideraciones sobre la anulación del laudo arbitral
Silvana Lorena Armas Diéguez: Vulneración de los derechos fundamentales en la nulidad de laudos arbitrales

PENAL

Mario Amoretti Navarro: La imputación objetiva como teoría del tipo objetivo
Julián Genaro Jerí Cisneros / Dick S. Zorrilla Aliaga: La imputación necesaria en el delito de falsedad documental

PROCESAL PENAL

Ramiro Salinas Siccha: La prisión preventiva y la primera casación en el nuevo modelo procesal penal
William Rabanal Palacios: El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional

CONSTITUCIONAL

Abraham García Chavarrí: Los derechos fundamentales de las personas jurídicas
Mario G. Chávez Rabanal: La prestación de salud como parte del derecho a la seguridad social

LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

Juan Carlos Cortés Carcelén: La eficacia limitada de los convenios colectivos
César Puntriano Rosas: La contratación laboral a plazo fijo en los proyectos especiales

TRIBUTARIO

Carlos Chirinos Sota: Refacturación de gastos a empresas vinculadas. ¿Gasto destinado a generar renta no gravada?
Juan Alberto Dávila Canicota: La defensa contra las medidas cautelares previas en el procedimiento tributario
Carlos Armando Barrantes Martínez: ¿Procede una aclaración respecto a la resolución que declaró fundada la queja interpuesta?

ADMINISTRATIVO

Luis Alberto Gavidia Morachimo: ¿Es necesario solicitar expresamente el otorgamiento de la bonificación por provincia o colindante?
Francisco A. Gómez Sánchez Torrealva: Principios rectores de los procesos de contrataciones y adquisiciones del Estado

COMERCIAL

Hernando Montoya Alberti: El título valor incompleto
Daniel Echaiz Moreno: ¡¡¡Disolver, disolver!!! La cancelación del registro administrativo de una persona jurídica y su supuesta disolución

INDECOPI

Edwin G. Aldana Ramos: Sobre la omisión de información relevante en la publicidad comercial y su afectación a las expectativas generadas a los consumidores
Hugo Gómez Apac: La facultad de la autoridad de competencia para dictar medidas correctivas



JuS

Jurisprudencia

COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA Y PRAXIS JURÍDICA

Comité Consultivo

Jorge Avendaño V.
Augusto Ferrero C.
Pinkas Flint Blanck
Domingo García Belaunde
Juan Monroy Gálvez
Javier Neves Mujica
Arsenio Oré Guardia

Directores

Hernando Montoya Alberti
Felipe Osterling Parodi
Felipe Villavicencio Terreros

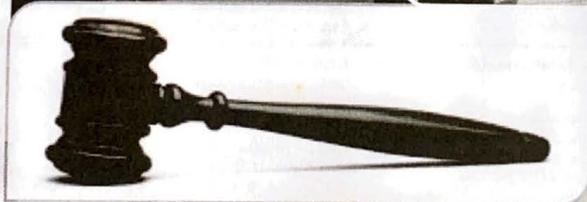
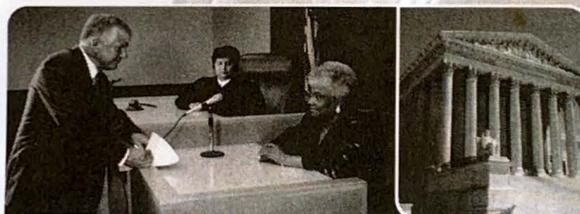
Noviembre

6

2007

ESPECIAL

La declaración judicial de la paternidad extramatrimonial en el Perú



JuS
Jurisprudencia



GRILEY

Jr. Lampa 1221 - Lima-Perú
Telef.: (51 1) 321 0258 / 337-6449
Telefax: (51 1) 427 6038
info@grijley.com
jus@grijley.com

GRILEY

GERENTE GENERAL
Esteban Alvarado Y.

DIRECTOR DE PUBLICACIONES
Carlos Atocsa García

JuS

Jurisprudencia

DIRECTORES

Felipe Osterling Parodi

*Doctor en Derecho por la PUCP
Presidente de la Academia Peruana
de Derecho*

Hernando Montoya Alberti

*Doctor en Derecho por la UNMSM
Profesor en la Universidad de Lima,
en la USMP y en la UNIFE*

Felipe Villavicencio Terreros

*Doctor en Derecho por la UBA (Argentina)
Profesor en la Pontificia Universidad Católica
del Perú y en la USMP*

COORDINADORA GENERAL

Paola Atoche Fernández

ASESOR INTERNACIONAL

Reiner Chocano Rodríguez

COORDINADORES DE ÁREA

Juan F. Alvarado Yanac
Oxal Víctor Ávalos Jara
Francisco Gómez Sánchez Torrealva
Jaime Arturo López Matsuoka
Edwin Mallqui Herrera
Fernando Velezmoro Pinto

ASISTENTES DE INVESTIGACIÓN

Eduardo Manuel Burga Cruzado
Luis Felipe Cabeza Molina
Joel Manuel Cáceres Paredes
Ivar Jesús Calixto Peñafiel
Lee Mandtec Fu Alarcón
Walter Gabriel Suárez Blanco
Dante Vilches Livia

COLABORADORES

César Abanto Revilla
Karla Aguirre Moreno
Edwin Aldana Ramos
Mario Amoretti Pachas
Mario Amoretti Navarro
Carlos Arata Delgado

Javier Arévalo Vela
Roberto Cáceres Julca
Joseph Campos Torres
María Eugenia Caller
Pablo Ernesto Cárdenas Martínez
Rolando Castellares Aguilar
José Luis Castillo Alva
Daniel Echaiz Moreno
Marco Falconí Picardo
Percy García Caverro
Abraham García Chavarri
Gunther González Barrón
César González Hunt
Anabelí González Velapatiño
María Elena Guerra Cerrón
Enrique Gherzi Silva
Julio Haro Carranza
Felipe Iannacone Silva
Roxana Jiménez Vargas-Machuca
Héctor Lama More
Mario Linares Jara
José Llontop Cassina
Richard Martín Tirado
Julio Mazuelos Coello
Daniel Echaiz Moreno
Fernando Núñez Ciallella

Roberto Obando Blando
José F. Palomino Manchego
Janela Párraga Espinoza
Willy Pedreschi
Roberto Alfaro Pinillos
Miguel Pizarro Guerrero
Ramiro Portocarrero
César Puntriano Rosas
Andrés Ramírez-Gastón Seminario
José Leandro Reaño
Jesús Antonio Rivera Oré
Elvito Rodríguez Domínguez
Fidel Rojas Vargas
Dante Sanguinetti Marroquín
Max Salazar Gallegos
Omar A. Sar
Juan M. Sosa Sacio
Mónica Tambini Ávila
Fernando Tello Puerta
Miguel Torres Méndez
Wilder Tuesta Silva
Victor Valladolid Zeta
Yuri Vega Mere
Victor Villanueva Sandoval
Walker Villanueva Gutiérrez
Olenka Woolcott Oyague
Aldo Zela Villegas

Procesamiento de información

Franco Chico Colugna

Diseño y Diagramación

Janett Milagros Ruiz Rebaza (Jefa de Área)
Libia Susana Huamali Sánchez
Carlos Miguel García Quispe
Milagros Soto Villavicencio
Sebastian Quispe Gonzales

Corrección y revisión de textos

Ebeling Muñoz Torres (Jefa de Área)
Lizbeth Alvarado Campos

Christian Ávalos Sánchez
Sheyla Salazar Zevallos
Susana Torres Salguero
Lucía Zamora Gutiérrez

Prensa y producción

Javier Alvarado Ordaz (Jefe de Área)
Erika Cáceres Román
Carmen Gómez Chorres
Angélica Portocarrero Gómez
Antonio Flores Ordaz
Julio Flores Ordaz
Eloy Gerónimo Alvarado

Martín Campos Ramos

Publicidad y Ventas

Irma Ordaz Moreno
Elizabeth Alvarado Y.
Lizardo H. Alvarado Y.
Enrique Mateo Reyes
Elizabeth García Ramírez
José Schilder

Área de Informática

Luis Alvarado Ordaz (Jefe de Área)
César Girón Atoche

EDITORIA JURÍDICA GRILEY

REDACCIÓN DE JU S
Tlf: (51-1) 337-6449

DISTRIBUCIÓN EN LIMA

Jr. Lampa 1221 - Cercado de Lima
Tlf: (51-1) 427 3147 - 337 6525
Telefax: (51-1) 337 6449
Info@griley.com
griley@terra.com.pe
Jr. Azángaro 1077 - Cercado de Lima
Tlf: (51-1) 321 0258

DISTRIBUCIÓN EN TRUJILLO

Jr. Pizarro 540
Telefax: (044) 471 640 / Celular: (044) 920 6694
trujillo@griley.com
griley_trujillo@speedy.com.pe

DISTRIBUCIÓN EN CHICLAYO

San José 1067 • Tlf: (074) 204146
chiclayo@griley.com

DISTRIBUCIÓN EN AREQUIPA

Santa Martha 304 - Of. 103
Tlf: (054) 288 379 / Celular: (054) 929 6700
arequipa@griley.com
griley_arequipa@speedy.com.pe

DERECHOS RESERVADOS DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

EDITORIA JURÍDICA GRILEY
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú Nº 2007-05753 (vol. 6/2007)

No está permitida la reproducción total o parcial de esta publicación ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de la editorial o de sus autores.

Esta publicación ha sido editada con el objeto de proporcionarle una información detallada y fiable sobre las materias contempladas en ella. Su edición no implica en ningún caso la responsabilidad del editor o de los colaboradores de la revista por alguna información contenida en este volumen.



Hugo GÓMEZ APAC^(*) ^(**)

LA FACULTAD DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA PARA DICTAR MEDIDAS CORRECTIVAS

Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional en el
proceso de amparo Ferretería Salvador S.R.L. vs. Indecopi
(Expediente N° 1963-2006-PA/TC)

SUMILLA DE LA SENTENCIA

«A juicio del Tribunal Constitucional, el Indecopi no se ha arrogado facultades que no le han sido conferidas constitucionalmente, pues no ha declarado en sede administrativa la invalidez de contratos; únicamente, se ha pronunciado por el cese de las conductas que, de acuerdo con su evaluación, demuestran un uso abusivo de la posición de dominio de la empresa DINO en el mercado de cemento en el norte del país. De este modo, este organismo estatal ha hecho efectivas las facultades que le han sido asignadas en su Ley de creación para garantizar el normal funcionamiento del mercado, así como lo dispuesto en los artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo 701 –que eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia–».

RESUMEN

El autor trata sobre el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que ha precisado que la libertad contractual solo protege contratos lícitos, los que no contravienen normas de orden público, como son las normas que tutelan la libre competencia. En este sentido, el Indecopi, si bien no puede declarar la invalidez (nulidad) de un contrato, puede ordenar el cese de la conducta anticompetitiva detectada en el procedimiento de investigación y sanción a través del dictado –en la resolución final– de una medida correctiva o complementaria, y esta medida puede generar que la empresa investigada –que ha abusado de su posición de dominio– incumpla sus compromisos contractuales con sus clientes, lo que puede dar lugar a una inoponibilidad relativa del contrato correspondiente.

EXP. N° 1963-2006-PA/TC
PIURA
FERRETERÍA
SALVADOR S.R.L.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al 5 de diciembre de 2006, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores

(*) Abogado. Profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de los cursos de Derecho de la Competencia y Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

(**) Si bien el autor se desempeña como asesor legal del Indecopi, las opiniones vertidas en el presente trabajo son de su exclusiva responsabilidad.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXPEDIENTE N° 1963-2006-PA/TC	
DEMANDANTE	FERRETERÍA SALVADOR S.R.L. Y DISTRIBUIDORA NORTE PACASMAYO S.R.L.
DEMANDADA	PRIMERA SALA ESPECIALIZADA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA
PROCESO	PROCESO DE AMPARO
DESCRIPTORES	LIBRE INICIATIVA PRIVADA / LIBERTAD DE EMPRESA / LIBERTAD DE CONTRATACIÓN
REFERENCIAS NORMATIVAS	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política del Perú: artículos 2º, 14, 43º, 58º, 59º, 61º, 62º, 65º y 139º. • Código Procesal Constitucional: artículos 4º, 5º, 2 y 56º. • Disponen la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, Decreto Legislativo N° 701: artículos 1º, 3º, 5º, 21º y 23º. • Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444: artículos II, 2 y 60º.

magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Ferreteria Salvador S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. contra la Resolución de la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 1104, su fecha 30 de diciembre de 2005, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 5 de abril de 2005, Ferreteria Salvador S.R.L. interpone demanda de amparo solicitando que se deje sin efecto la Resolución N° 0256-2005/TDC-INDECOPI, de fecha 4 de marzo de 2005, por cuanto vulnera sus derechos constitucionales relativos al debido proceso, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libre contratación. Precisa que el proceso de amparo, en acumulación originaria y subjetiva de personas prevista en el artículo 83º del Código Procesal Civil, deberá entenderse con el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi), como ente emisor de la Resolución cuestionada; con Depósito

Sara Beatriz S.R.L., Eleodoro Quiroga Ramos E.I.R.L., Comercial Quiroga S.R.L. como empresas denunciadas en el procedimiento administrativo; y con Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO S.R.L.), en calidad de empresa denunciada en el procedimiento administrativo.

Explica que la Resolución en cuestión, expedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, al declarar fundada la denuncia por abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas por parte de Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO S.R.L.) y ordenar «el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado [...]» implica dejar sin efecto los contratos de Representación Comercial que DINO S.R.L. ha celebrado con Ferreteria Salvador S.R.L., traduciéndose ello en un atentado contra los derechos constitucionales que alega. Asimismo, sostiene que el Indecopi no emplazó a Ferreteria Salvador S.R.L., a pesar de constituirse en una de las principales afectadas por la resolución de última instancia administrativa, por ser una de las partes del referido contrato de Representación Comercial, ordenando que se dejara sin efecto; y que, en consecuencia, se habrían violado los derechos de defensa y al debido proceso administrativo.

Solicita que en el presente caso se imponga el pago de costas y costos conforme al artículo 56º del Código Procesal Constitucional.

Contestación de la demanda

Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. contesta la demanda indicando que las cláusulas contenidas en el contrato celebrado con la recurrente se han acordado en estricto uso de la autonomía privada de la voluntad. Asimismo, manifiesta que efectivamente Ferreteria Salvador no fue citada al procedimiento administrativo.

Por su parte, Santa Beatriz S.R.L. propone la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva. Asimismo, el Indecopi y Santa Beatriz S.R.L. contradicen la demanda en todos sus extremos, solicitando que sea declarada infundada debido a que no se afectaron sus derechos constitucionales porque (i) a la fecha de interposición de la denuncia, Ferreteria Salvador S.R.L. no había contratado con Distribuidora del Norte Pacasmayo S.R.L., por lo que el contrato suscrito por la empresa no fue materia del procedimiento en el que se dictó la Resolución de autos, y (ii) los contratos objeto de denuncia ante Indecopi efectivamente resultaría afectados por la Resolución N° 0256-2005/TDC-INDECOPI, siendo que tal afectación

tación está justificada en la defensa del bien jurídico competencia, el cual tiene reconocimiento y amparo constitucional.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Civil de Paita, con fecha 7 de julio de 2005, declaró infundada la excepción planteada y fundada la demanda considerando que se evidencia la vulneración al derecho al debido proceso, puesto que en el procedimiento administrativo donde se ha expedido la Resolución cuestionada, Ferretería Salvador S.R.L. no ha intervenido, aun cuando los efectos de la misma la afectan. Asimismo, señala que una de las consecuencias de esta Resolución es dejar sin efecto los contratos de representación comercial suscritos por Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L., lo cual es inconstitucional.

Sentencia de Segunda Instancia

La Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, revocando en parte la apelada, declaró infundada la demanda por considerar que no se afecta derecho constitucional alguno. En ese sentido, no se atenta contra el debido proceso por cuanto la denuncia se presentó con anterioridad a la suscripción del contrato entre Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. y Ferretería Salvador S.R.L.; por ello, resulta materialmente imposible el emplazamiento de Ferretería Salvador. Respecto a los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación, la recurrida señala que esos derechos deben ser ejercidos con sujeción a Ley, situación no configurada en el presente caso, puesto que los contratos suscritos constituyen un abuso de posición de dominio de mercado, lo cual es ilegal según lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 701.

Recursos de agravio constitucional

En respuesta a la Sentencia emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, Ferretería Salvador S.R.L., con fecha 20 de enero de 2006, interpone Recurso de Agravio Constitucional. Señala que la recurrida afecta sus derechos constitucionales al acoger sin realizar mayor análisis, los argumentos esgrimidos por Indecopi y Depósito Santa Beatriz. S.R.L.

Por su parte, DINO S.R.L. interpone Recurso de Agravio Constitucional, argumentando que solo se consideró lo expresado por Indecopi y Depósito Santa Beatriz, sin llegar a acreditar la existencia efectiva de abuso de posición de dominio ocasionado por los Contratos de Representación Comercial suscritos por

DINO S.R.L. Además, señala que debe declararse fundada la Demanda de Amparo interpuesta por Ferretería Salvador S.R.L. debido a que la Resolución emitida por Indecopi efectivamente afecta sus derechos fundamentales al debido proceso, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libre contratación.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. Ferretería Salvador S.R.L. solicita se deje sin efecto la Resolución N° 0256-2005/TDC-Indecopi, de fecha 4 de marzo de 2005, mediante la cual se sanciona a la empresa Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO) por abuso de posición de dominio en el mercado, al considerar que dicha Resolución atenta contra sus derechos constitucionales a la libertad de contratación, la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y al debido proceso.

§2. Materias constitucionalmente relevantes

2. Atendiendo a los alegatos de las partes expuestos en la demanda, la contestación de demanda y demás recursos presentados a lo largo del proceso, así como a las consideraciones expuestas en la vista de la causa de fecha 9 de mayo del 2006, el Tribunal Constitucional considera pertinente centrar su pronunciamiento en dos aspectos puntuales:

- 2.1 Determinar si lo dispuesto por el Indecopi en el punto cuarto de la Resolución N° 0256-2005/TDC-INDECOPI, que señala lo siguiente:

«Cuarto: Ordenar a Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L., el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados».

vulnera el artículo 62° de la Constitución, y en consecuencia, la libertad de contratación del recurrente, en conexidad con su libre iniciativa privada y libertad de empresa, al determinar que como consecuencia de su ejecución, Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO) debe dejar sin efecto los contratos de distribución pactados entre la recurrente y la referida empresa.

- 2.2 Determinar si se ha vulnerado el derecho al debido proceso de la empresa recurrente, al no haber sido citada a comparecer en el proceso administrativo ante Indecopi y tampoco notificar-

se con la Resolución N° 0256-2005/TDC-INDECOPI, que sanciona a Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO), por abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación y contratos ligados.

§3. Sobre la supuesta afectación de la libertad contractual, la libertad de empresa y libre iniciativa privada

El marco constitucional para el ejercicio de las libertades económicas

3. En reiterada y uniforme jurisprudencia⁽¹⁾, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 –libertad contractual, libertad de empresa, J2833 libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras–,

cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones con base a una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de Derecho (artículo 43° de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58° de la Constitución).

4. Conforme lo ha señalado este colegiado, el Estado social y democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la Ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca⁽²⁾. En otras palabras, los redimensiona, otorgándoles, a su vez, un contenido «social».

5. Justamente, es bajo el marco del Estado social y democrático de Derecho donde se configuran los fines de nuestro régimen económico en tanto econo-

mía social de mercado. De esta manera, el carácter «social» del régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos⁽³⁾.

6. Y es que en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.

7. En efecto, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva⁽⁴⁾. J2834

8. Esta función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución, en cuyo tenor se estipula: «la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura [...]». Por su parte, el artículo 59° establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria. Asimismo, el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas [...]. J2835

9. En coherencia con tales imperativos, se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia⁽⁵⁾, para cuyo efectivo cumplimiento los organismos reguladores y el Indecopi juegan un rol preponderante, tanto en la

(1) Cfr. STC N° 0008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 26; STC N° 3330-2004-AA/TC, Fundamentos Jurídicos N°s 11 a 13; STC N° 7320-2005-AA/TC, Fundamentos Jurídicos N°s 46 a 58; STC N° 0003-2006-AI/TC, Fundamentos Jurídicos N°s 60 a 67; STC N° 001-2005-AI/TC, Fundamentos Jurídicos N°s 43 a 53.

(2) Cfr. STC N° 0008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 11.

(3) Cfr. STC N° 00034-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 20.

(4) Cfr. STC N° 0008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 35.

(5) Cfr. STC N° 0008-2003-AI/TC, Fundamentos Jurídicos N°s 36 y 37.

promoción y defensa de la competencia como en la protección a los consumidores y usuarios.

Justamente, este colegiado ha precisado que dichos organismos administrativos cumplen un deber especial de protección de los derechos fundamentales⁽⁶⁾, lo cual implica exigirles una labor de vigilancia, regulación y sanción de las conductas y prácticas contrarias a la libre competencia y el derecho de los consumidores; funciones que se encuentran amparadas en el marco legal de las facultades que les han sido otorgadas para estos fines.

Los alegatos de las partes sobre la supuesta vulneración de derechos:

10. El demandante sostiene que la Resolución N° 256-2005/TDC-INDECOPI invade, sin ninguna autoridad, la relación contractual concertada con la empresa DINO, contrariando lo dispuesto en el artículo 62° de la Constitución. En ese sentido, precisa que

«La Resolución Administrativa, al considerar que el vínculo obligacional que libre y voluntariamente mantenemos con la firma DINO, constituye una conducta configurativa de un abuso de posición de dominio de esta última, lesiona nuestro derecho constitucional al libre desarrollo empresarial [...]»⁽⁷⁾.

11. En respuesta a ello, la parte demandada alega que la resolución cuestionada no ha declarado la invalidez de los contratos, porque

«No es competencia del Indecopi declarar la invalidez o ineficacia de contratos privados, ya que tal materia es de exclusiva competencia del órgano jurisdiccional. Lo que ha dispuesto el Indecopi es que dichas prácticas contractuales cesen, porque infringen la Ley que reprime el abuso de posición monopólica [...]».

Asimismo, precisa que

«Podría interpretarse que dicho pronunciamiento afecta indirectamente a todas las empresas que aceptaron celebrar con Pacasmayo S.R.L., contratos de la misma naturaleza que aquellos que fueron objeto

del procedimiento. Eso no es contrario a la verdad. Sin embargo, tal afectación está justificada en la defensa del bien jurídico competencia, que al igual que los derechos a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y libre contratación tiene reconocimiento y amparo constitucional (...)»⁽⁸⁾.

La Resolución N° 256-2005/TDC-INDECOPI y la supuesta afectación a la libertad contractual y otras libertades conexas del recurrente

12. La Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi, mediante la Resolución N° 256-2005/TDC-INDECOPI, determinó que a) la empresa DINO cometió abuso de posición de dominio debido a que su conducta, consistente en establecer una obligación de compra exclusiva como condición para la obtención de precios menores, demuestra un ejercicio expreso de presión sobre los compradores para que se provean totalmente de esta empresa con el consiguiente efecto exclusorio hacia los competidores; b) la conducta de DINO, consistente en imponer como condición de afiliación la compra exclusiva de todos los materiales de construcción, constituye un acto de abuso de posición de dominio, bajo la modalidad de contratos ligados.

Como consecuencia de ello, se sanciona a la empresa denunciada con una multa equivalente a 50 UIT y se ordena el cese de las conductas antes señaladas.

13. Es a raíz de la referida decisión del Indecopi que la empresa considera que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad contractual, libertad de empresa y libre iniciativa privada, en tanto que la consecuencia directa de la calificación del uso abusivo de la posición de dominio de DINO en el mercado de cemento del norte del país y la subsiguiente orden de cese de las conductas que demuestran el referido abuso, implicaría que DINO deba dejar sin efecto los contratos de distribución suscritos con la demandante. En otras palabras, lo que pone en cuestionamiento es la capacidad del Indecopi –Tribunal Administrativo– para ordenar el cese inmediato y definitivo de las conductas que constituyen abuso de posición de dominio y, como consecuencia, dejar sin efecto la eficacia de contratos entre privados.

(6) El deber especial de protección de los órganos estatales administrativos ha sido desarrollado en la STC N° 0858-2003-AA/TC.

(7) Fojas 163, escrito de demanda.

(8) Fojas 400-401, escrito de contestación de demanda del Indecopi.

14. 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 para la evaluación de los derechos constitucionales que pudieran haber sido afectados (artículo 5°.2 CPConst.)⁽⁹⁾.

Hecha esta precisión, se procederá a resolver según lo señalado en el Fundamento Jurídico N° 2, *supra*.

15. La Constitución Peruana reconoce el derecho fundamental a la libertad contractual desde una configuración binaria; de este modo, tanto el inciso 14 del artículo 2° como el artículo 62° de la Constitución han establecido su marco constitucional de actuación⁽¹⁰⁾.

J2837 16. En cuanto al derecho a la libre contratación previsto por el artículo 2° 14 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha señalado que este se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Desde una perspectiva abstracta, tal derecho, *prima facie*, garantiza

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante. J2838
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejercen también otros derechos, tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc.⁽¹¹⁾. J2839

17. Por su parte, respecto a los alcances del artículo 62° de la Constitución, este colegado ha señalado que de una interpretación sistemática de los dos párrafos del referido artículo, se establece una regla de carácter general, es que no solo los términos contractuales contenidos en un contrato ley, sino que, en general, todo término contractual, «no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase».⁽¹²⁾

18. No cabe duda de que la Constitución de 1993, al reconocer y proteger la libertad contractual como derecho fundamental y garantía institucional del régimen económico peruano, releva la importancia de esta libertad en el seno del Estado social y democrático de Derecho; sin embargo, tal reconocimiento no debe, de ninguna manera, ser interpretado de manera errónea, encasillándolo exclusivamente en la categoría de libertad negativa con el fin de que los particulares puedan oponerse de manera irrestricta a cualquier intervención del poder estatal.

19. Como bien se ha señalado en los Fundamentos Jurídicos N°s 4 a 6, *supra*, en el Estado Social y Democrático de Derecho, las libertades económicas reconocidas en nuestro texto constitucional también cumplen una función social; y, a estos efectos, el

(9) Precisamente, conforme se ha expresado en la presente causa, Distribuidora Pacasmayo S.R.L. (DINO) optó por impugnar la Resolución N° 256-2005/TDC-INDECOPI mediante acción contencioso administrativa (Expediente N° 1009-2005).

(10) Constitución Política del Perú

«Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

[...]

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público».

«Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley [...].»

(11) Cfr. STC N° 0008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 26, acápite b, STC N° 0001-2005-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 47.

(12) Cfr. STC N° 005-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 35, STC N° 003-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 13.

Estado ejerce un rol de vigilancia y regulación de las actividades económicas de los particulares, precisamente para efectivizar la función social, que no es otra cosa que atender al bien común.

20. En ese sentido, este Tribunal ha precisado que el orden público a que hace alusión el artículo 2º, Inciso 14, de la Constitución hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que da lugar a que la libertad de contratación no pueda ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 43º de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libre contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva: *prohibitiva* y *promotora*. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación y, de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales⁽¹³⁾.

J2841 21. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, creado mediante Decreto Ley N° 25868, es el organismo estatal encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal, y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores⁽¹⁴⁾.

De acuerdo con ello, el Indecopi está facultado para evaluar y determinar en cada caso si los hechos o las conductas que son puestos en su conocimiento cons-

tituyen prácticas contrarias a la libre competencia. Es decir, le corresponde determinar si las conductas denunciadas se encuentran comprendidas, o no los supuestos legales de prohibición recogidos en las normas que protegen el normal desarrollo del mercado.

22. Ahora bien, ¿es posible afirmar que el Indecopi, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios? Desde luego que no. Admitir que el Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61º de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65º de la Constitución).

23. Tal capacidad es justamente lo que los demandantes pretenden negarle al Indecopi cuando afirman que la decisión de ordenar el cese de las conductas, bajo el argumento de que abusan de la posición de dominio de la empresa DINO en las modalidades de discriminación y contratos ligados, ha vulnerado su libertad contractual.

24. A juicio del Tribunal Constitucional, el Indecopi no se ha arrogado facultades que no le han sido conferidas constitucionalmente, pues no ha declarado en sede administrativa la invalidez de contratos; únicamente, se ha pronunciado por el cese de las conductas que, de acuerdo con su evaluación, demuestran un uso abusivo de la posición de dominio de la empresa DINO en el mercado de cemento en el norte del país. De este modo, este organismo estatal ha hecho efectivas las facultades que le han sido asignadas en su Ley de creación para garantizar el normal funcionamiento del mercado, así como lo dispuesto en los artículos 3º y 5º del Decreto Legislativo N° 701⁽¹⁵⁾ —que eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia—.

(13) Cfr. STC N° 2736-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 10.

(14) Inciso a, artículo 2º, del Decreto Ley N° 25868.

(15) Decreto Legislativo N° 701

«Artículo 3º.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional».

«Artículo 5º.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. Son casos de abuso de posición de dominio:

25. Si bien podría argumentarse que la orden de «cese de conductas» trae como consecuencia directa que la empresa DINO incumpla sus compromisos contractuales con sus afiliados —entre ellos la recurrente—, ello de ningún modo puede equipararse con una declaración de invalidez de los contratos en sede administrativa; y menos aún, puede predicarse que el derecho a la libertad contractual tiene la calidad de isla oponible a cualquier medida correctiva, puesto que, si se parte de la hipótesis de que dichas conductas, concretizadas en contratos ligados, fueron contrarias a Ley, entonces, de ninguna manera podrían ampararse en los alcances de los artículos 2º, 14 y 62º de la Constitución, pues estos únicamente protegen la libertad contractual bajo el supuesto que sea ejercida válidamente, esto es, con fines lícitos y sin contravenir las normas de orden público; más aún si se considera que los derechos y libertades que la Constitución del Estado reconoce tiene límite. Y ello por que su ejercicio legítimo viene delimitado por el pleno respeto de los principios y bienes constitucionales, pero también de los derechos fundamentales de las personas. Los derechos y libertades económicas no están exentos, en modo alguno, de la plena observancia de los tales principios, bienes y derechos fundamentales.

Justamente este fue el supuesto del cual partió el Indecopi, a juicio de este colegiado.

26. Otro de los argumentos alegados por los demandantes para cuestionar la decisión del Indecopi fue sostener que dicho organismo únicamente está facultado para imponer sanciones económicas (multas)⁽¹⁶⁾ conforme a lo dispuesto en el artículo 23º del Decreto Legislativo N° 701.

Efectivamente, el Indecopi está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 701; pero ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias —*distintas a las sanciones*— justamente para hacer efecti-

vo lo previsto en dicho dispositivo legal. Afirmar que la actuación del Indecopi deba restringirse únicamente a establecer sanciones pecuniarias y no otras medidas complementarias para garantizar el cumplimiento de la Ley y la Constitución, como, por ejemplo, ordenar el cese de las conductas infractoras sería tan absurdo como admitir que en nuestro sistema jurídico los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a Ley en la medida en que cumplan con pagar el costo económico de su infracción.

El artículo 1º del Decreto Legislativo N° 701 establece que el objetivo de dicha Ley es «eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia [...]». Es claro, pues, que dicho objetivo no se cumpliría si tan solo se sancionara económicamente la infracción, y no se ordenara el cese de las prácticas contrarias a la referida Ley. Pero ello debe ser realizado por el Indecopi bajo un test de razonabilidad y proporcionalidad.

27. Más aún, la posibilidad de establecer medidas complementarias a las sanciones económicas que ordena la Ley, resulta razonable si se toma en cuenta que el artículo 21º del Decreto Ley N° 701, modificado por el Decreto Legislativo N° 807⁽¹⁷⁾, dispone que «[l]a Comisión de Libre Competencia podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Con tal objeto, la Secretaría Técnica podrá proponer a la Comisión de Libre Competencia la adopción de la medida cautelar que considere, en especial la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere» (el énfasis es nuestro).

Siendo así, si el Indecopi se encuentra habilitado para ordenar *provisionalmente* el cese de los actos de competencia desleal mediante medidas cautelares, siempre que ello sirva para asegurar el cumplimiento de su decisión definitiva; es razonable y propor-

a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.

b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarios que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

[...] entre otras».

(16) Alegatos de los abogados del demandante, expuestos en la vista de la causa de fecha 9 de mayo de 2005.

(17) Ley sobre facultades, normas y organización del Indecopi, publicada el 18 de abril de 1996.

cionado que una vez constatados estos actos y a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de la decisión final en sede administrativa, se ordene el cese definitivo de estos.

28. En consecuencia, conforme a las consideraciones antes expuestas, este colegiado debe desestimar los argumentos de la parte demandante, al considerar que en el presente caso no se ha vulnerado el derecho a la libertad contractual del recurrente; y, por ende, tampoco otras libertades conexas, como son la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Por lo tanto, la demanda debe declararse infundada en este extremo.

§4. Sobre la supuesta afectación al derecho al debido proceso

Los alegatos de las partes sobre la supuesta vulneración de derechos

29. En otro extremo del petitorio, el recurrente solicita dejar sin efecto la cuestionada Resolución N° 0256-2005/TDC-INDECOPI, por considerar que se ha vulnerado su derecho al debido proceso, al no haber sido notificado con ella y, más aún, por no haber sido citado a comparecer en el procedimiento administrativo ante el Indecopi y de este modo ejercer su derecho de defensa.

Sostienen que en su caso debió aplicarse el artículo 60° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, cuyo tenor es el siguiente:

«Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento. Respecto de terceros administrados no determinados, la citación es realizada mediante publicación o, cuando corresponda, mediante la realización del trámite de información pública o audiencia pública, conforme a esta Ley. Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él».

30. El Indecopi, por su parte, explica que el procedimiento administrativo contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO) se inició a raíz de una denuncia presentada por la empresa Santa Beatriz con fecha 16 de enero de 2001, por lo que se procedió a evaluar los contratos de afiliación que esta empresa celebró con distintas subdistribuidoras en la provincia de Piura, al presumirse que el propósito de tales fue fijar precios discriminatorios y exigir compras atadas.

Alegan que los contratos de afiliación objeto de investigación fueron aquellos celebrados antes del 16 de enero de 2001, mientras que el contrato de la demandante con DINO se celebró el 15 de noviembre de 2004, esto es, 3 años después de iniciado el procedimiento administrativo ante Indecopi y cuando ya existía una decisión a nivel de primera instancia administrativa; en ese sentido afirman:

«[...] resulta evidente que el contrato celebrado entre Ferretería Salvador y Pacasmayo S.R.L. no fue materia de evaluación en el procedimiento seguido ante Indecopi, razón por la cual no correspondía que dicha empresa interviniera en el procedimiento (...) La autoridad administrativa no tenía cómo saber de la existencia de dicho contrato pues el mismo fue celebrado mucho tiempo después de que el caso fuera resuelto en primera instancia [...]»⁽¹⁸⁾.

El debido procedimiento administrativo y el derecho de defensa

31. El artículo 139° de la norma suprema establece los principios y derechos de la función jurisdiccional, consagrando en el inciso 3 la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de administrar justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.

32. Ese enunciado es recogido por el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que establece: «[...] se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos al libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa,

(18) Fojas 397-398, escrito de contestación de demanda del Indecopi; y fojas 706-707 de su escrito de apelación de sentencia.

al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal».

33. Evidentemente, el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto —por parte de la administración pública o privada— de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución⁽¹⁹⁾.

J2842 34. Bajo esa premisa, el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como *principio de interdicción* para afrontar cualquier indefensión y como *principio de contradicción* de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés⁽²⁰⁾.

35. En el caso de autos, la recurrente alega que la vulneración de su derecho al debido procedimiento administrativo se habría producido concretamente por la omisión del Indecopi de convocarlos al procedimiento contra DINO, en calidad de terceros legitimados. A estos efectos, cabe preguntarse entonces ¿cuáles son los deberes y obligaciones de los administrados y del Indecopi respecto de la situación de los terceros legitimados, cuyos intereses podrían verse afectados con el resultado del procedimiento en dicha sede?

36. Lo primero a tomarse en cuenta es que el Decreto Legislativo N° 701, que regula el procedimiento especial mediante el cual el Indecopi analiza las denuncias contra las prácticas restrictivas de la libre

competencia, presenta un vacío respecto a la figura de los terceros legitimados. En ese sentido, por disposición del artículo II. 2 del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁽²¹⁾, corresponde analizar el presente caso conforme a los alcances de dicha norma, especialmente en base a una interpretación conjunta de los artículos 56° y 60° del referido texto legal.

37. El artículo 56° de la Ley N° 27444 establece cuáles son los deberes generales de los administrados en el procedimiento, entre ellos: «el de proporcionar a la autoridad cualquier información dirigida a identificar a otros administrados no comparecientes con interés legítimo en el procedimiento». Conforme a ello, podría entenderse *prima facie* que, de acuerdo a ley, Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. tenía una exigencia de comportamiento concreto, esto es, el deber de informar al Indecopi sobre la incorporación de nuevos afiliados en su red de comercialización posteriores a la interposición de la demanda, los cuales, evidentemente, tenían un interés legítimo en el resultado del referido procedimiento, pues la decisión podía beneficiarlos o perjudicarlos.

38. Por su parte, el artículo 60° de la Ley N° 27444, citado en el Fundamento Jurídico N° 29, *supra*, establece una obligación a la autoridad administrativa, para que en caso de *advertir* la existencia de *terceros determinados no comparecientes*, cuyos derechos o intereses legítimos pudieran resultar afectados, les comunique la tramitación del proceso a su domicilio. En el caso de *terceros administrados no determinados*, la obligación de comunicar debe realizarse mediante publicación, información pública o audiencia pública.

Conviene anotar la diferencia de trato para estos supuestos. El primer caso está referido a aquellos que, si bien no han concurrido al procedimiento, de los actuados del expediente se verifica que tienen derechos o intereses legítimos susceptible de verse afectados por la decisión que se adopte; mientras que el otro supuesto, a nuestro entender, apunta a una categoría más general, aplicable en aquellos casos donde la trascendencia de la controversia genera ciertos intereses individuales o colectivos en determinados sectores de la sociedad civil.

(19) Cfr. STC N° 4289-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico N° 3.

(20) Cfr. STC N° 8605-2005-AA/TC, Fundamento Jurídico N° 14.

(21) Ley N° 27444

«Artículo 2.º.- [...] Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto [...]».

39. Para este Colegiado resulta indiscutible que la empresa recurrente en el presente amparo sí tuvo legítimo interés respecto al resultado del procedimiento ante el Indecopi, una vez establecida la relación contractual con DINO; y que, en ese sentido, existía una obligación de ser informado respecto al trámite de dicho procedimiento. Justamente, si el Indecopi puede ordenar el cese de conductas a DINO, con la consecuencia que este incumpla las obligaciones contractuales asumidas con terceros, es evidente que estos terceros puedan y tienen interés de incorporarse al procedimiento.

40. No obstante, debe observarse que la literalidad del artículo 60°.1 de la Ley N° 27444, supuesto aplicable al recurrente, condiciona esta comunicación a que la existencia de terceros legitimados sea *advertida* durante la tramitación de la causa. A juicio de este Colegiado, sin duda alguna, con tal precisión se introduce una condición razonable: que la identificación de los terceros pueda evidenciarse del propio expediente; caso contrario, resultaría materialmente imposible pretender que el órgano administrativo pudiera advertir su existencia de cualquier modo.

41. En el caso de autos, la relación contractual entre DINO y la empresa recurrente surgió 3 años después de haberse iniciado el procedimiento administrativo ante Indecopi, estando *ad portas* de emitirse Resolución en última instancia. Resulta lógico entender que Indecopi se encontraba imposibilitado de conocer por sí mismo de esta nueva relación contractual, y que era, más bien, obligación de DINO comunicar a Indecopi sobre esta, a efectos de que el recurrente pueda ser llamado al procedimiento a fin de evitar su indefensión. Esta es justamente la finalidad que emerge del numeral 3, artículo 56°, de la Ley N° 27444, y que fuera incumplida por la empresa DINO.

42. En consecuencia, al no haberse probado la alegada vulneración al derecho al debido procedimiento administrativo de la recurrente, la demanda también debe ser desestimada en este extremo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la presente demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
LANDA ARROYO

Exp. 1963-2006-PA/TC

Piura

Ferretería Salvador S.R.L.

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS BARDELLI LARTIRIGOYEN Y VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los fundamentos siguientes:

1. Viene a conocimiento de este Supremo Tribunal Constitucional el recurso de agravio constitucional interpuesto por «Ferretería Salvador S.R.L.» y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO) contra la sentencia emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró infundada la demanda de amparo.

2. Ferretería Salvador S.R.L. interpone demanda de amparo solicitando que se declare nula la Resolución N° 0256-2005/TDC-INDECOPI, de fecha 4 de marzo de 2005 emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, y la dirige contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Depósito Santa Beatriz S.R.L., Eleodoro Ramos Quiroga E.I.R.L., Comercial Quiroga S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L.

3. Refiere la demandante que el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi al sancionar y «[...] ordenar a DINO el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados [...]» se excedió en sus funciones porque considera que esa disposición le obliga a dejar sin efecto el contrato que celebró con la mencionada empresa sancionada. Afirma que en el proceso sancionador contra DINO la recurrente no fue notificada a comparecer pese a que la decisión del Indecopi le afectaba directamente por cuanto tenía un contrato con DINO. Sostiene que estos actos violan el debido proceso administrativo y los derechos a la libertad de empresa, a la iniciativa privada y a la libertad contractual.

4. La resolución cuestionada ha sido emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, en atribución de las facultades conferidas por ley, proveniente de un proceso administrativo sancionador por abuso de posición de dominio que tuvo origen en la denuncia de una Empresa contra otra en defensa de sus intereses patrimoniales. En resumen estamos frente a una demanda contra una Resolución Administrativa en la que las partes son personas jurídicas en funcionamiento, constituidas conforme a la Ley General de Socie-

dades que define como objetivo sustancial de estas empresas el interés de lucro. Más allá de precisar que la Constitución Política del Perú, en concordancia con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera en la enumeración de su artículo 2º derechos que califica de fundamentales para la persona humana, pudiéndose aquí recordar que el artículo 1º, inciso 2, del Pacto de San José, consigna que «para efectos de esta convención, persona es todo ser humano» y remite, al artículo 1º de nuestra carta magna el que estatuye que «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado», es evidente que la persona jurídica demandante en el presente caso acciona en defensa de derechos debidamente constituidos y necesariamente relacionados con el aludido interés patrimonial que considera violados por un organismo público a través de decisión administrativa legalmente correspondiente a su competencia. El proceso constitucional conducido por los cauces del proceso urgente precisa la legitimidad para obrar activa en atención a la persona humana que recurre frente a hechos concretos que acusa violatorios de alguno de sus derechos fundamentales, no pudiéndose aceptar que en estas características el proceso constitucional se de también para traer la discusión de derechos de segundo orden a ser atendidos a favor de empresas cuando discuten derechos patrimoniales. Es cierto que las personas jurídicas tienen también derechos que pueden ser considerados para ellas como fundamentales y cubiertos así por el manto de la Constitución, pero es de advertir asimismo que no hay ningún derecho que pueda ser ajeno al marco constitucional. Lo concreto resulta entonces que la diferencia se define privilegiando los intereses de la persona humana. Sin embargo aquí resulta aceptable la posibilidad de descartar esta posición de género que hace la regla y admitir una medida singular que resulta de excepción cuando como en casos como el presente se alegue derechos de esta índole correspondientes a personas jurídicas pero que han sido afectadas diagonalmente con medidas oficiales en procesos administrativos en los que la afectada, persona jurídica también, no tiene la posibilidad de promover el proceso contencioso administrativo por cuanto la afectación se ha dado directamente contra la persona jurídica afectada considerada parte en dicho proceso. Se trata pues de una situación excepcional en la que ante la imposibilidad efectiva de defensa de los derechos conculcados, la persona jurídica recurrente resulta directamente afectada sin ser parte y no tener otra salida de efectividad que el proceso urgente del amparo.

J2843

5. De lo expuesto considero la posibilidad para que en el presente caso, específicamente, en el que la demandante afirma la afectación de su derecho al debido proceso administrativo, a la libertad contractual, a la libertad de empresa y a la iniciativa privada, resulta atendible la resolución del conflicto traído al proceso constitucional en consideración al siguiente argumento:

- a) La resolución que se cuestiona en la referida pretensión constitucional es la evacuada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, N° 0256-2005/TDC-INDECOPI en un proceso administrativo sancionador seguido contra DINO S.R.L. en el que dispone[...] ordenar a DINO el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados [...].
- b) Resulta de autos (fojas 18 a 28) que la persona jurídica sancionada tuvo por su parte un contrato de Representación Comercial por el que le concede a Ferretería Salvador S.R.L. ser su representante exclusivo para que comercialice los productos de su giro mercantil, específicamente cemento y derivados, que a su vez adquiere en compra a Cementos Pacasmayo S.A.A., contrato o sub contrato de tipo comercial lícito en atención al objeto de ambas empresas y como consecuencia trae para estas derechos y obligaciones y, lo que para el caso resulta mas resaltante, la posición de DINO S.R.L. dentro del proceso administrativo referido ya que, evidentemente, la decisión que el Tribunal del Indecopi, en el aludido proceso administrativo pudiera evacuar, podría también afectar a la sub contratante Ferretería Salvador S.R.L. en su derecho consecuentes al contrato que celebró con la indicada persona jurídica
- c) Que efectivamente la sanción impuesta a DINO S.R.L. por el Tribunal del Indecopi en la práctica y en la condición de sucesora comercial que le corresponde en razón de contrato a que hacemos referencia a la recurrente Ferretería Salvador S.R.L., puede afectar todo o algunos de los derechos que esta señala en su demanda.
- d) Cuando el Indecopi en su decisión sancionadora establece que DINO S.R.L. «[...] cese de inmediato y definitivamente las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados [...]» es evidente que las limitaciones que entrañan dicha sanción le alcan-

zan a la sucesora Ferretería Salvador S.R.L. afectando derechos que no puede cuestionar en la vía administrativa ni, aparentemente, en otra pues no siendo parte acreditada en el proceso administrativo su pretendida participación resulta vedada. Siendo esto así es evidente pues que es en este proceso como única sede posible para la recurrente en la que tiene que intervenir el Tribunal Constitucional para resguardar los derechos que le han sido conculcados y que la ponen en patética posición de indefensión.

- e) Por lo precedentemente expuesto resulta evidente que la decisión sancionadora del Indecopi afecta definitivamente los intereses patrimoniales de la recurrente Ferretería Salvador sin posibilidad por parte de esta de oponer la defensa que no ha podido esgrimir por no ser parte en dicho proceso administrativo. Quiere esto decir

que este colegiado no analiza las bondades de tal decisión administrativa sino que exclusivamente el efecto de la decisión impuesta por la emplazada contra una persona que tiene derechos que no puede sostener porque como queda dicho en el referido proceso administrativo no tiene cabida

Por estas consideraciones concluyo por determinarme por la **REVOCATORIA** de la sentencia recurrida a efectos de que se declare la nulidad de lo decidido por el Tribunal de Indecopi quien evacuará nueva decisión previa aceptación en el proceso administrativo de Ferretería Salvador S.R.L. en su condición de sucesora procesal

SS.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI
JUAN FRANCISCO BARDELLI LARTIRIGOYEN

COMENTARIO

En la sentencia de amparo emitida en el Expediente N° 1963-2006-PA/TC (en adelante, la sentencia), el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) aborda dos temas relacionados con los procedimientos administrativos de investigación y sanción de conductas anticompetitivas: la competencia de la autoridad administrativa para dictar medidas correctivas y la intervención de terceros. En el presente trabajo comentaremos solo lo relativo a las medidas correctivas, dejando la problemática de la intervención de terceros para una siguiente oportunidad.

1. El procedimiento administrativo trilateral y sancionador

Para una mejor comprensión de la sentencia conviene remontarnos al procedimiento administrativo trilateral y sancionador tramitado ante

el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, el Indecopi), que dio lugar a la resolución administrativa que fue impugnada a través del proceso de amparo.

En el año 2001, las empresas Depósito Santa Beatriz S.R.L., Eleodoro Quiroga Ramos S.R.L. y Comercial Quiroga S.R.L. (en adelante, las empresas denunciadas), dedicadas a la distribución y comercialización minorista de cemento y materiales de construcción (fierro de construcción, planchas, tuberías, alambres, clavos, calaminas, pinturas, pisos cerámicos, etc.) denunciaron a la empresa Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (en lo sucesivo, DINO) ante la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión) por la realización de actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas⁽¹⁾.

(1) Decreto Legislativo N° 701, Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia

«Artículo 3°.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el merca-

Las empresas denunciadas señalaron que Cementos Pacasmayo S.A.A. (en lo sucesivo, Cementos Pacasmayo), empresa vinculada a DINO (ambas formaban parte del mismo grupo económico), tenía el monopolio en la producción de cemento en el norte del país y solo contaba con dos distribuidores en el departamento de Piura, siendo uno de ellos DINO, empresa a la cual le compraban cemento las Empresas Denunciadas.

En la cadena de valor de la producción, distribución y comercialización de cemento, la empresa Cementos Pacasmayo era el fabricante (primer nivel); su empresa vinculada, DINO, su distribuidor mayorista (segundo nivel), la que además era distribuidora mayorista de materiales de construcción; y las empresas denunciadas y los subdistribuidores afiliados, que operaban como distribuidores minoristas o comercializadores de cemento (tercer nivel) y materiales de construcción.

En su denuncia, las empresas denunciadas mencionaron que DINO vendía cemento a sus

subdistribuidores afiliados a un menor precio, pese a que ellas le compraban mayores volúmenes y por adelantado. También alegaron que mediante los denominados contratos de representación comercial (en adelante, los contratos de afiliación), DINO obligaba a las empresas afiliadas a proveerse exclusivamente de ella de cemento y materiales de construcción.

Así, de lo que se quejaban las empresas denunciadas era que DINO, aprovechando su posición de dominio en la distribución mayorista de cemento, realizaba una discriminación injustificada de precios, en el sentido de que a sus subdistribuidores afiliados les vendía cemento a un menor precio que el vendido a las empresas denunciadas, pese a que estas le compraban mayores volúmenes de cemento y por adelantado. Las empresas denunciadas eran castigadas con un mayor precio por no haber celebrado los contratos de afiliación. Asimismo, se quejaban de que DINO imponía cláusulas de atadura (o venta atada), pues mediante dichos contratos ataba la venta de materiales de construcción a la venta de cemento.

do o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional».

«Artículo 4º.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución».

«Artículo 5º.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Son casos de abuso de posición de dominio:

[...]

b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.

c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

[...]».

La Comisión, mediante Resolución N° 006-2003-INDECOPI/CLC de fecha 14 de mayo de 2003, señaló que DINO, si bien tenía posición de dominio en el mercado de la distribución y venta de varios tipos de cemento gris⁽²⁾ en el departamento de Piura, dicha empresa no había abusado de la referida posición, porque la diferenciación de precios existente entre afiliados y no afiliados se encontraba justificada por la presencia de prestaciones brindadas por los afiliados a DINO⁽³⁾, y porque la obligación de los afiliados de abastecerse únicamente de DINO tanto de cemento como de materiales de construcción era justificada.

A diferencia de la Comisión, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Tribunal), en segunda instancia, y mediante Resolución N°

0256-2005/TDC-INDECOPI de fecha 4 de marzo de 2005, declaró que DINO sí había abusado de su posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas y la sancionó con 50 unidades impositivas tributarias. El Tribunal consideró, por un lado, que la conducta de DINO de establecer una obligación de compra exclusiva como condición para la obtención de precios menores era un ejercicio expreso de presión sobre los compradores para que se proveyeran totalmente de ella con el consiguiente efecto exclusorio hacia los competidores⁽⁴⁾; y, por el otro, que la conducta de DINO de imponer, como condición de afiliación, la compra exclusiva de todos los materiales de construcción a ella, constituía un abuso en la modalidad de contratos ligados (o venta atada)⁽⁵⁾.

(2) Los cementos gris (Portland) tipo 1, 1Co, MS, 1P y 1PM.

(3) La Comisión tomó en consideración las siguientes prestaciones:

i) La publicidad que el afiliado realizaba en sus locales, unidades de transporte, avisos publicitarios y documentos propios de la empresa (facturas, boletas, papel membretado, tarjetas, etc.). Asimismo, los afiliados organizaban conjuntamente con DINO eventos de difusión (charlas, conferencias, etc.) sobre los productos comercializados por este.

ii) La garantía de compras exclusivas (fidelidad) y planificadas por parte de los afiliados generaba un ahorro de costos de transacción, búsqueda y negociación y permitía que DINO obtuviera menores precios de sus proveedores producto de la demanda agregada de todos sus afiliados a escala regional.

iii) Los afiliados proveían de información a DINO sobre el mercado, precios y preferencias de los consumidores a través de reuniones, llamadas telefónicas, correos electrónicos y cartas. A partir de esto se generaba un ahorro de costos para DINO en la obtención de dicha información.

iv) A través de la afiliación de subdistribuidores, DINO ahorra los costos de instalar sucursales en cada localidad en donde los afiliados mantenían presencia. Los costos que DINO evitaba mediante la afiliación se referían al alquiler y mantenimiento del local, sueldos del personal, transporte, almacenamiento, muestreo, mantenimiento de inventarios, publicidad, entre otros. A través de los afiliados, DINO garantizaba una presencia local y de mayor amplitud geográfica, evitando los costos de abrir y mantener oficinas y almacenes a escala local.

(4) El Tribunal señaló que el otorgamiento de precios menores vinculados al cumplimiento de las obligaciones impuestas en los contratos de afiliación (cláusulas de compras exclusivas, flujo de información y objetivos mínimos) no correspondía a prácticas comerciales normales que se concedían por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorgaban con carácter general, sino que constituía una discriminación cuyo propósito era lograr la fidelidad de sus subdistribuidores afiliados, mediante la imposición de precios desventajosos para las empresas no afiliadas, como era el caso de las empresas denunciadas, y, de esta manera, reforzaba su posición de dominio en el mercado de distribución de cemento gris en el departamento de Piura.

(5) Según el Tribunal, los contratos de afiliación imponían a los afiliados la obligación de comprar exclusivamente todos los materiales de construcción a DINO. Ello significaba que, para suscribir un contrato de afiliación con la empresa dominante, el subdistribuidor debía comprar no solamente cemento (el producto principal) sino otros produc-

Además de imponer la multa, el Tribunal ordenó a DINO, como medida correctiva, el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados.

2. El objetivo del abuso de la posición de dominio

Habiendo narrado lo acontecido en el procedimiento administrativo, consideramos pertinente explicar cuál era el propósito del abuso de la posición de dominio ejercido por DINO, pues ello permitirá comprender la intencionalidad de la demanda de amparo presentada por Ferretería Salvador S.R.L. (en adelante, Ferretería Salvador).

Cementos Pacasmayo tenía el monopolio en la producción de cemento gris en los departamentos del norte del país, y su empresa vinculada, DINO, tenía posición de dominio en el mercado de distribución de cemento gris en el departamento de Piura; en donde no tenía posición de dominio era en el mercado de distribución de materiales de construcción. Así, lo que planificó DINO fue trasladar la posición de dominio del mercado de distribución de cemento gris al mercado de distribución de materiales de construcción. Para tal efecto, ató la compra de materiales de construcción a la compra de ce-

mento gris, pero ¿cómo convencería a los distribuidores de que si querían comprar cemento gris tenían que comprarle materiales de construcción? Fácil, otorgándoles un descuento significativo, incluso superior al que recibían quienes compraban mayores cantidades o pagaban al contado. Esa era la carnada para lograr la venta atada, para lograr la fidelidad, y así incrementar sus ventas en la distribución de materiales de construcción. DINO no estaba preocupada de sus ventas en el mercado de cemento, pues ahí tenía posición de dominio (con el respaldo de su empresa vinculada, Cementos Pacasmayo, que tenía el monopolio en la producción de cemento gris en dicha parte del país), lo que quería era aumentar sus ventas en el mercado de materiales de construcción. Ahora bien, ¿cómo se aseguraría DINO de que sus existencias de materiales de construcción serían vendidas? Sencillo, obligando a los distribuidores a compras mínimas de tales bienes, y ¿cómo se aseguraría de que no la engañaran? Pues obligando a los distribuidores a que le suministraran información relevante sobre sus negocios, es decir, que le informaran sobre sus ventas y stocks y le pasaran copia de sus estados financieros. ¿Cómo lograría DINO materializar esta gran idea? Pues con la suscripción de los contratos de afiliación, en los que se pactó las siguientes prestaciones:

tos atados (los demás materiales de construcción). De negarse a comprar los productos atados, el subdistribuidor no podía suscribir el contrato de afiliación y, en consecuencia, no podía comprar cemento a DINO o lo compraba en condiciones de desventaja (en cuanto a cantidad, precio y condiciones de venta). Así, la conducta de la empresa dominante, consistente en imponer como condición de afiliación la compra exclusiva de todos los materiales de construcción que ella vendía, constituía, además de un mecanismo de discriminación, un abuso de posición de dominio en el mercado en la modalidad de contratos ligados.

Prestaciones del contrato de afiliación

¿Qué aporta DINO S.R.L.?	¿Qué aporta el afiliado?
<ul style="list-style-type: none"> • Cede uso gratuito de logo de DINO. • Proporciona catálogos, folletos, afiches, etc. • Brinda apoyo comercial, publicitario y técnico. • Ofrece un precio especial para los productos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Compra exclusivamente todo de DINO. • Compra montos mínimos. • Coloca el logo de DINO en sus locales. • Cumple con las directivas que DINO establezca. • Informa a DINO acerca de ventas y stocks. • Envía a DINO copia de sus estados financieros. • Emite carta fianza bancaria por compras a crédito.

Fuente: Contrato de Representación Comercial
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Los contratos de representación comercial (contratos de afiliación), celebrados por la empresa

Santa Beatriz, presentaban las siguientes características:

Características	Descripción
Productos*	Cemento y otros materiales de construcción civil: « <i>Todos aquellos bienes que DINO represente o distribuya a nivel nacional e internacional</i> ».
Territorios exclusivos	DINO suministra los productos a la afiliada a fin de que esta los comercialice únicamente en un departamento establecido.
Compras exclusivas	« <i>[El afiliado] solo podrá adquirir los productos a DINO, obligándose como consecuencia de ello, a no comprar a terceros (directa o indirectamente) productos iguales, similares o sustitutos a los que distribuya a nombre de DINO...</i> ».
Montos mínimos de compra	« <i>[...] DINO fijará, con un criterio de eficiencia de distribución, montos mínimos de adquisición, que deberán ser respetados por el afiliado [...]</i> ».
Precios de los productos	« <i>Las partes declaran que se trata de precios especiales que DINO otorga al afiliado en razón de la suscripción del presente contrato y la sumisión expresa al cumplimiento de sus deberes como afiliado, en particular aquellos vinculados con la exclusividad de adquisición de los productos, a la fidelidad de marca, pago puntual de sus obligaciones, otorgamiento de garantías y el volumen de compra</i> ».
Duración del contrato	1 año

* Los productos se detallan en un anexo al contrato. Dicha relación está sujeta a modificaciones por parte de DINO tanto para suprimir como para incrementar productos.

Fuente: Modelo de Contrato de Representación Comercial DINO S.R.L.
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

El negocio era redondo, DINO incrementaba sus ventas en la distribución de materiales de construcción sin necesidad de implementar eficiencias productivas o innovativas en dicho mercado, sino utilizando su posición de dominio en el mercado de distribución de cemento gris. Esta práctica tenía un efecto excluyente sobre los competidores que distribuían materiales de construcción, lo que implicaba un abuso de posición de dominio tipificado en los artículos 3º y 5º del Decreto Legislativo N° 701 (en adelante, el DL N° 701).

3. La demanda de amparo

Como hemos señalado, el Tribunal ordenó a DINO el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación y contratos ligados. Lo que había ordenado el Tribunal era que DINO dejara de discriminar y de realizar la venta atada. Para cumplir lo primero, DINO tenía que vender el cemento gris a los no afiliados al mismo precio que vendía a los afiliados, y cualquier diferenciación, si la hubiere, debía ser por condiciones de comercialización normales y objetivas, tales como descuentos por cantidad o volumen, pronto pago, entre otras de naturaleza similar. Para cumplir lo segundo, DINO debía dejar de obligar a los afiliados a comprar materiales de construcción como condición para la compra de cemento, esto es, debía dejar de realizar la venta atada.

La medida correctiva ordenada por el Tribunal no afectaba a los distribuidores afiliados, muy por el contrario les daba una mayor libertad. Al amparo de la medida correctiva dictada por el Tribunal, los distribuidores afiliados no solo podían seguir comprando el cemento de DINO al precio que esta ya les vendía, sino que obtenían la libertad de elegir a quién le compraban los materiales de construcción; podían seguir

comprándole a DINO o si, lo preferían, podían adquirirlo de los fabricantes u otras empresas.

En cuanto al precio del cemento, ¿los afiliados habían perdido algún beneficio como consecuencia de la medida correctiva dictada por el Tribunal? Ninguno. En virtud del mandato del Tribunal, los afiliados seguirían beneficiándose del precio otorgado por DINO, solo que dicho beneficio se extendía a los no afiliados si es que estos compraban en condiciones similares a los afiliados.

Como puede apreciarse, la medida correctiva dictada por el Tribunal no afectaba a los distribuidores afiliados, pues ellos seguirían comprando cemento de DINO, al precio que ya venían pagando. Eran los no afiliados los que recibirían los mismos descuentos si adquirían el cemento en las mismas condiciones que los afiliados. Lo que buscaba la medida correctiva era emparejar el terreno para que todos compitieran en igualdad de condiciones. Adicionalmente, esta medida generaba una mayor libertad a los involucrados, dado que los afiliados, y los no afiliados, tendrían el derecho de elegir a quién le compraban los materiales de construcción.

Con la medida correctiva dictada por el Tribunal, afiliados y no afiliados competirían en igualdad de condiciones en el mercado de distribución minorista de cemento y, adicionalmente, DINO y otras empresas distribuidoras mayoristas de materiales de construcción competirían en igualdad de condiciones en el mercado de distribución mayorista de materiales de construcción.

¿Por qué entonces un subdistribuidor afiliado, como Ferretería Salvador, impugnaría la resolución del Tribunal a través de una demanda de amparo? La verdad que no tiene mucho sentido, salvo que se presume que DINO estaba detrás de la demanda de Ferretería Salvador.

4. El Indecopi tiene la facultad de dictar medidas correctivas

Si se lee el texto del DL N° 701, no se encontrará un artículo o disposición que diga de manera expresa que la Comisión está facultada para dictar medidas correctivas. ¿Ello supone que dicha autoridad carece de tal facultad? Por supuesto que no.

En otra oportunidad, una empresa investigada por la realización de conductas anticompetitivas cuestionó la facultad de la Comisión para dictar medidas correctivas, para ordenar el cese de las conductas anticompetitivas detectadas.

En el procedimiento administrativo que sigue la empresa Ambev Perú S.A.C. contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. por supuestos actos de abuso de posición de dominio, la Comisión, mediante Resolución N° 031-2004-INDECOPI/CLC (acto administrativo de conocimiento público debido a que fue publicado en la página web del Indecopi) de fecha 26 de mayo de 2004 –dos años y siete meses antes de que el TC emitiera la Sentencia–, señaló que era competente para dictar medidas correctivas.

En aquella oportunidad, la Comisión mencionó que los artículos 21° del Decreto Ley N° 25868 y 8° del DL N° 701 le imponían el poder-deber (una potestad administrativa a fin de cuentas) de velar por el cumplimiento de las normas de defensa de la libre competencia, y que este poder-deber implicaba que no solo contaba con la facultad de imponer multas, sino también con la atribución de dictar medidas correctivas o mandatos que, a veces, incidían en los derechos o relaciones privadas de los administrados.

J2844 La Comisión precisó que la multa tenía una función punitiva frente a aquel agente económico que había infringido las normas de orden público que protegen el proceso competitivo.

Sin embargo –agregó–, en cumplimiento de su misión tuitiva de la libre competencia, la autoridad, además de contar con la potestad sancionadora, contaba con la potestad implícita de remover o eliminar aquellas conductas que distorsionaban la libre competencia. En particular, dijo que:

«[...] la determinación del contenido exacto de las competencias no solo se ciñe al texto literal de la norma, la cual establece las competencias expresas de los órganos del Estado, sino también a aquellas competencias implícitas que, si bien no están redactadas de manera expresa en el texto legal, son necesarias para la autoridad a efectos de desarrollar una labor eficaz en la protección de los fines previstos en el ordenamiento jurídico, como es el caso de la defensa de la libre competencia».

Sobre la base de dicho razonamiento, la Comisión mencionó que si bien el DL N° 701 establecía que ella podía sancionar todas aquellas conductas contrarias a la libre competencia, el solo poder punitivo, en ocasiones, resultaba insuficiente para eliminar o remover las barreras creadas al proceso competitivo, motivo por el cual era necesario ordenar la remoción o cese de todas aquellas prácticas o conductas que impedían la libre competencia en el mercado.

En la sentencia, observamos un razonamiento similar por parte del TC cuando señala que el Indecopi está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el DL N° 701, pero que ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias (medidas correctivas) –distintas a las sanciones– justamente para hacer efectivo lo previsto en dicho dispositivo legal. Según el TC, la actual-

J2845 ción de la Comisión no se restringe a la imposición de sanciones, sino que está facultada para dictar medidas complementarias destinadas a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, como es ordenar el cese de las conductas infractoras, pues sería absurdo admitir que los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a la ley en la medida en que cumplan con pagar la multa, el costo económico de su infracción.

Nos parece impecable el razonamiento del TC cuando afirma que el objetivo del DL N° 701, de eliminar las conductas anticompetitivas, no se cumpliría si tan solo se sancionara económicamente la infracción, y no se ordenara el cese de las prácticas contrarias a dicha ley.

La Comisión, en la Resolución N° 031-2004-INDECOPI/CLC, señaló lo siguiente con relación a su facultad de dictar medidas correctivas o complementarias:

«[...] en el caso de un abuso de posición de dominio en la modalidad de cláusulas de atadura, en el que se subordine la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos, la Comisión está en la capacidad de ordenar a la empresa denunciada que deje de exigir las prestaciones suplementarias cuestionadas. Asimismo, en los casos de abuso de posición dominante en la modalidad de discriminación, la Comisión cuenta con la facultad para ordenar al denunciado que aplique a sus compradores condiciones comerciales iguales o similares para prestaciones equivalentes.

La Comisión también puede obligar a una empresa con posición de do-

minio a realizar determinadas conductas, tales como que satisfaga la demanda de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios, cuando su negativa a contratar es injustificada.

[...] Por ello, de una lectura conjunta del articulado del DL N° 701 y atendiendo a sus fines, resulta evidente que la Comisión es competente para ordenar que se realicen o dejen de realizar determinadas conductas. Al disponerse que la Comisión debe buscar que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores, se entiende que es competente para ordenar o prohibir conductas que permitan eliminar o remover aquellas prácticas anticompetitivas.

[...] El artículo 21° del DL N° 701 refuerza esta interpretación toda vez que dicha norma dispone que en cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la Comisión podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Con tal objeto, la Secretaría Técnica podrá proponer a la Comisión la adopción de la medida cautelar que considere pertinente, en especial la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere.

[...] Como se observa, la Comisión puede dictar medidas cautelares disponiendo el cese de determinadas conductas o imponiendo condiciones a efectos de evitar el daño que pu-

dieran ocasionar las conductas denunciadas. El objetivo de la medida cautelar es asegurar la decisión final, por lo que no tendría sentido que pueda dictarse una medida cautelar ordenando hacer o dejar de hacer una determinada conducta sin que pueda ordenarse lo mismo en el pronunciamiento final, precisamente luego de haberse determinado de manera fehaciente que la conducta es contraria a la libre competencia.

[...] El que dichas facultades formen parte de las competencias implícitas de la Comisión no implica una vulneración a los derechos de los denunciados, pues estos deben entender que es razonable que, una vez determinada que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico, la agencia de competencia tiene la capacidad para ordenar o prohibir todos aquellos actos necesarios para que se restablezca la libre competencia. Por el contrario, negar que la Comisión tiene facultades para ordenar o prohibir que se realicen determinados actos restaría eficacia a su misión tuitiva de la libre competencia, pues no se eliminarían todas aquellas prácticas anticompetitivas que afectan el bienestar de los consumidores.

[...] Queda claro, en consecuencia, que la Comisión se encuentra facultada para dictar medidas correctivas al concluir un procedimiento declarando la existencia de conductas anticompetitivas. Sin embargo, si el administrado considera que la agencia de competencia se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones puede cuestionar el dictado de la medida correctiva ante la

autoridad jurisdiccional a través del proceso contencioso-administrativo, con lo cual queda a salvo su derecho a cuestionar las decisiones administrativas».

La sentencia que se comenta ratifica la posición de la Comisión expuesta en la Resolución N° 031-2004-INDECOPI/CLC. Nótese que la Comisión dio como ejemplos para el dictado de una medida correctiva o medida complementaria los abusos en las modalidades de cláusula de atadura y discriminación, precisamente las dos prácticas por las cuales fue sancionada DINO en el procedimiento administrativo.

En la sentencia, el TC utiliza un razonamiento similar al que en su momento esbozó la Comisión, y es que si esta es competente para dictar una medida cautelar, también lo es para dictar una medida correctiva. Si la Comisión, ante la sola verosimilitud de la denuncia (y la acreditación del peligro en la demora), y antes del inicio del procedimiento o durante su tramitación, está facultada para dictar un mandato de cese preventivo (medida cautelar) de la conducta realizada por la empresa investigada, relativa a un presunto abuso de posición de dominio; con mayor razón está facultada para ordenar, como medida correctiva (o medida complementaria), el cese definitivo de dicha conducta al final del procedimiento (en su resolución final), cuando tiene certeza absoluta (y no una mera verosimilitud) de la realización de la conducta infractora: el abuso de la posición de dominio.

A partir de la sentencia, no queda duda alguna ^{J2846} de que la Comisión está facultada para dictar medidas correctivas o complementarias que ordenen el cese de la conducta anticompetitiva detectada en el procedimiento administrativo sancionador respectivo, ello a fin de restablecer el proceso competitivo dañado por la conducta anticompetitiva.

5. La defensa de la competencia vs. la libertad de contratación

Con relación al contenido de la medida correctiva, en la Resolución N° 031-2004-INDECOPI/CLC, la Comisión precisó que las medidas correctivas dictadas por ella se expresaban a través de mandatos (obligaciones de dar, hacer o no hacer) que podían incidir directamente en relaciones jurídicas subjetivas, afectando tanto la libertad de contratación como el derecho de propiedad. Literalmente, señaló lo siguiente:

«A través de sus mandatos, la Comisión no puede declarar la invalidez⁽⁶⁾ (nulidad o anulabilidad) de un acto jurídico, pues este tipo de ineficacias negociales estructurales solo pueden ser declaradas por un juez. Sin embargo, los mandatos de la agencia de competencia pueden repercutir o incidir sobre los efectos de los actos jurídicos, efectos que en algunos casos pueden traducirse en una inoponibilidad relativa (que es un tipo de ineficacia negocial)».

¿Qué significa que los mandatos de la autoridad de competencia pueden repercutir o incidir sobre los efectos de los actos jurídicos, efectos que en algunos casos pueden traducirse en una inoponibilidad relativa?

Lo que quiso decir la Comisión⁽⁷⁾ es que si la conducta de abuso de posición de dominio se

materializa a través de determinadas cláusulas de un contrato, y lo que busca el mandato de cese (la medida correctiva) es precisamente que dicha conducta cese y se restaure la competencia, el efecto natural de dicho mandato será que la empresa dominante no pueda oponer dichas cláusulas a aquellas empresas que se ven perjudicadas con los efectos anticompetitivos provenientes de tales cláusulas. De modo que el mandato de la Comisión tendrá incidencia sobre un contrato, especialmente cuando a través del mandato lo que se busca es que la empresa se abstenga de ejecutar determinadas cláusulas del contrato: aquellas cláusulas identificadas como anticompetitivas. En consecuencia, en virtud del mandato de la autoridad, la empresa dominante debe abstenerse de exigir el cumplimiento de dichas cláusulas o abstenerse de oponerlas a las empresas afectadas por el efecto anticompetitivo. En el fondo, lo que busca la medida correctiva es que la empresa dominante se olvide de aquellas cláusulas del contrato que tienen el efecto anticompetitivo.

Para arribar a tal afirmación, la Comisión, en su Resolución N° 031-2004-INDECOPI/CLC, ya había señalado que la defensa de la competencia puede limitar la libertad de contratación, tal como se transcribe a continuación:

«[...] las políticas de libre competencia [...] son capaces de afectar o limitar el derecho de propiedad y la libertad de contratación. En su caso, la agencia de competencia deberá evaluar en cada caso concreto si el

(6) No debe confundirse invalidez con ineficacia. La ineficacia es el género y la invalidez una especie. Las ineficacias negociales pueden ser estructurales o funcionales. Ejemplos de lo primero son la nulidad, la anulabilidad y la rescisión por lesión. En estos casos, el vicio que socava al acto jurídico está en su origen, en su formación, en su estructura. Ejemplos de lo segundo son la resolución, la revocación, etc. En estos casos el vicio que afecta al acto jurídico es sobreviniente a su formación, de ahí el nombre de ineficacias funcionales.

(7) Tengo el atrevimiento de afirmar que sabría «qué quiso decir» la Comisión pues, en mi condición de Secretario Técnico de dicho órgano administrativo, en aquella oportunidad fui quien propuso la redacción del párrafo citado.

beneficio público de restringir en determinado supuesto el derecho de un privado excede el perjuicio privado producto de dicha restricción.

[...]

Si un acuerdo entre empresas competidoras o la conducta exclusoria de una empresa con posición de dominio genera eficiencias (asignativas, productivas o innovativas) económicas en el mercado que superan en beneficios los costos de restringir la competencia (perjuicio a competidores o al bienestar de los consumidores), dicha conducta o práctica deviene en lícita y no es sancionada por la autoridad de competencia. En cambio, si dicha conducta o práctica genera efectos anticompetitivos (en perjuicio a los competidores y disminución del excedente de los consumidores) superiores a las eficiencias que benefician a las empresas, tal conducta o práctica debe ser declarada ilegal por la agencia de competencia. En este último caso, a través de medidas correctivas, la autoridad limitará el derecho de propiedad y la libre contratación de los infractores.

Como puede verse, el resguardo del principio rector 'libre competencia' o, dicho de otra forma, la tutela del bien jurídico 'libre competencia', necesariamente implica una limitación del derecho de propiedad y la libertad de contratación de las empresas. Esta limitación se sustenta en

el hecho de que el Estado privilegia el interés público sobre el interés privado. Sin embargo, como se ha dicho antes, dicha limitación debe ser ejercida racionalmente y en armonía con la finalidad pública que persiguen estos derechos, libertades y principios tutelados constitucionalmente, que es que los recursos escasos de una sociedad sean asignados de manera eficiente generando mayor riqueza y por consiguiente incentivando el desarrollo económico de la sociedad en su conjunto».

En apoyo de su tesis, la Comisión mencionó que en diversas resoluciones emitidas por el Indecopi y el Osiptel⁽⁸⁾ (esta última como agencia de competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones) se dictaron medidas correctivas que de alguna manera habían limitado el derecho de propiedad o la libertad de contratación de las empresas denunciadas, citando, a modo de ejemplo, los siguientes casos:

- Resolución N° 019-94/CLC del 27 de julio de 1994: Enaco⁽⁹⁾, empresa estatal que, aún con el monopolio legal en el mercado de la compra y venta de hoja de coca, se negó a proveer hojas de coca a la empresa Industrial Comercial Holguín e Hijos S.A. para la producción de bolsas filtrantes de mate de coca. Dicha negativa tenía un efecto anticompetitivo, pues no permitía a esta empresa (que fue la denunciante) ingresar al mercado de mate de coca filtrante. En la citada resolución, la Comisión ordenó a Enaco satisfacer las demandas de compra de la denunciante. Este mandato no

(8) Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-Osiptel.

(9) Empresa Nacional de Comercialización de la Coca.

fue otra cosa que la imposición de una obligación a Enaco: vender hoja de coca a la denunciante. Mediante tal mandato, como es evidente, se afectó tanto el derecho de propiedad como la libertad de contratación de Enaco. Sin embargo, tal afectación resultaba razonable a efectos de tutelar el interés público que constituye la protección del proceso competitivo.

- Resolución N° 073-97-PD/OSIPTTEL del 13 de noviembre de 1997: Bellsouth⁽¹⁰⁾ denunció a Telefónica⁽¹¹⁾ porque esta se negó a proveerle el servicio de *roaming* a sus clientes, facilidad sin la cual le era imposible competir. La resolución que puso fin al procedimiento administrativo contenía un mandato que ordenaba a Telefónica prestar el referido servicio a la denunciante, en el entendido de que era deseable para la competencia que Bellsouth pudiera prestar, a través de Telefónica, el servicio de *roaming* a sus clientes. Con su pronunciamiento, la agencia de competencia afectó el derecho de propiedad y la libertad de contratación del titular de un recurso, el cual se consideró esencial para la competencia en el mercado de las telecomunicaciones móviles. Se señaló que solo a través de la protección de la libre competencia en dicho mercado se iba a lograr un mayor bienestar para los consumidores.
- Resolución N° 62-2000-CCO/OSIPTTEL del 21 de diciembre de 2000: Telefónica

Multimedia⁽¹²⁾ había celebrado con las cadenas estadounidenses Turner⁽¹³⁾ y Fox⁽¹⁴⁾ diversos contratos de licencia en exclusiva, en virtud de los cuales la primera sería la única proveedora en Lima de diversas señales de televisión por cable de titularidad de las mencionadas cadenas estadounidenses. Tele Cable⁽¹⁵⁾ denunció a las cadenas Turner y Fox, y a Telefónica Multimedia a efectos de que se declare que la exclusividad configuraba una práctica anticompetitiva, declarándose fundada la denuncia. La resolución final contenía un mandato que ordenaba a Telefónica Multimedia dejar sin efecto las cláusulas de exclusividad referidas en el párrafo anterior, con lo cual estas cláusulas resultaban inexigibles para Telefónica Multimedia así como inoponibles a terceros (en especial a Tele Cable). Es evidente que el mandato de la agencia de competencia afectó la libertad de contratación de Telefónica Multimedia, Turner y Fox, pues se afectó contratos estructuralmente válidos. Estos contratos, sin embargo, configuraban un ilícito a la luz de las normas de libre competencia y afectaban el interés público que la protección de esta significa.

- Resolución N° 869-2002/TDC-INDECOPI, del 11 de diciembre de 2002: Cab Cable⁽¹⁶⁾ denunció a Electrocentro⁽¹⁷⁾ por abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada de celebrar con ella un contrato de alquiler de postes de

(10) Empresa Difusora Radio Tele S.A.

(11) Telefónica del Perú S.A.A.

(12) Telefónica Multimedia S.A.C.

(13) Turner Broadcasting System Latin America, Inc.

(14) Fox Latin American Channel, Inc.

(15) Tele Cable S.A.

(16) Cab Cable S.A.

(17) Electrocentro S.A.

alumbrado eléctrico para el tendido de cables para la provisión del servicio de televisión por cable, negativa que le impedía prestar el servicio de televisión por cable en la ciudad de Huancayo. En la citada resolución se consideró que Electrocentro tenía posición de dominio en el mercado de alquiler de sus postes, los que a su vez resultaban un insumo esencial para el desarrollo de la actividad de la empresa denunciante. En consecuencia, la autoridad emitió un mandato que ordenaba a Electrocentro alquilar sus postes a Cab Cable, es decir, se «obligó a contratar» a Electrocentro, restringiendo así su libertad de contratar y su derecho de propiedad sobre los postes.

Resolución N° 870-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002: Aerocontinente⁽¹⁸⁾ denunció al Banco de Crédito del Perú por presunto abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada de prestación de servicios bancarios; en particular, por su negativa a acceder a la solicitud presentada por la denunciante para abrir cuentas corrientes. Aerocontinente manifestó que requería de la apertura de cuentas corrientes en moneda nacional y extranjera en la ciudad de Puerto Maldonado para poder depositar los ingresos provenientes de las ventas de pasajes aéreos y otros rubros. El Tribunal consideró, al igual que en los casos anteriores, que la negativa del referido banco tenía un efecto anticompetitivo y emitió un mandato en el que impuso al banco la obligación de prestar el servicio de apertura de cuenta corriente. Así, restringió la libertad de contratación de la empresa denunciada y su derecho de propiedad

sobre ciertos activos, que en principio le hubieran permitido decidir libremente el negarse a contratar con Aerocontinente.

La Comisión estaba convencida de su facultad para dictar medidas correctivas y que estas tienen la capacidad de afectar contratos celebrados por la empresa dominante. Los siguientes dos ejemplos, citados por dicho órgano administrativo, evidencian dicho convencimiento.

Ejemplo con un supuesto de negativa de venta: Supongamos que la empresa «A» produce el insumo «x» y se niega a venderlo a la empresa «C» con el fin de favorecer a su empresa vinculada «A2», quien es competidor de «C» y también necesita el insumo «x» para desarrollar sus actividades económicas. En este caso, «C» puede recurrir a la Comisión denunciando a «A» por negativa injustificada de venta. En el supuesto de que la Comisión compruebe que «A» tiene posición de dominio, que «A2» y «C» son competidores que utilizan como insumo de sus productos el bien «x» y que la negativa tiene como propósito favorecer a «A2», declarará que la negativa es una práctica ilegal que afecta la competencia (interés público), multará a «A» y le ordenará, como medida correctiva, que venda el bien «x» a «C» al mismo precio al que le vende a «A2», si las condiciones de compra de ambas empresas son similares.

Ejemplo con un supuesto de distribución exclusiva: Supongamos que las empresas «A» y «B» han celebrado un contrato de distribución exclusiva en virtud del cual la primera provee con exclusividad a la segunda el bien «x», en un mercado en el que también concurren «C», «D» y «E» y que también necesitan de «x» para desarrollar sus actividades económicas. El hecho de que la empresa «A» provea el recurso «x» con exclusividad a la empresa «B» puede

(18) Aerocontinente S.A.

constituir una práctica prohibida por la Ley de defensa de la competencia, si «A» tiene posición de dominio y los supuestos beneficios del contrato para «A» y «B» en eficiencias productivas son menores al costo social materializado en: i) la exclusión del mercado al resto de competidores («C», «D» y «E»), los que se verán desplazados por el uso del poder de mercado de «A» y no por eficiencias económicas implementadas por «B»; y ii) el perjuicio a los consumidores, quienes pagarán un precio mayor por el bien «x» debido a la exclusividad. En este ejemplo, la autoridad de libre competencia puede emitir un mandato mediante el cual se ordene a «A» proveer el recurso «x» a las competidoras de «B», es decir, a «C», «D» y «E», al mismo precio otorgado a «B» si las condiciones comerciales son similares. De esta manera, la agencia de competencia estaría imponiendo a «A» una obligación de dar. Como consecuencia de este mandato, la cláusula de exclusividad del contrato sería inoponible para los competidores o, lo que es lo mismo, dicha cláusula padecería de ineficacia relativa al no ser eficaz ante «C», «D» y «E». Esta medida correctiva, implica, necesariamente, que la empresa dominante se olvide de su contrato de distribución exclusiva.

En la sentencia bajo comentario, el TC afirma que si bien podría argumentarse que la orden de «cese de conductas» trae como consecuencia directa que la empresa DINO incumpla sus compromisos contractuales con sus afiliados —entre ellos la recurrente—, ello de ningún modo puede equipararse con una declaración de invalidez de los contratos en sede administrativa, y menos aún puede predicarse que el derecho a la libertad contractual tiene la calidad de isla oponible a cualquier medida correctiva, puesto que si dichas conductas, concretizadas en contratos ligados, son contrarias al DL N° 701, entonces no hay vulneración a la libertad de contratación, en el entendido de que solo

corresponde proteger este derecho cuando el contrato tiene un fin lícito, lo que no ocurre cuando restringe la competencia.

Con la sentencia, el TC ha validado la tesis de la Comisión. El máximo intérprete de la Constitución ha distinguido, con acierto y bastante sutileza, que una cosa es declarar la invalidez de un contrato, lo que no puede hacer la autoridad administrativa de competencia (tal como en su momento lo afirmara la Comisión), y otra diferente el ordenar a la empresa dominante que incumpla sus compromisos contractuales (lo que la Comisión llamó «inoponibilidad relativa»). El siguiente ejemplo explica lo dicho por la Comisión y el TC en sus respectivos pronunciamientos:

Si una empresa dominante impone a la mayoría de distribuidores minoristas, comercializadores o detallistas una cláusula de venta exclusiva, en virtud de la cual estos solo pueden adquirir productos de la empresa dominante (marca única) y no de sus competidores, la autoridad de competencia, además de multar a la dominante, le ordenará, como medida correctiva, que deje de exigir el cumplimiento de dicha cláusula, y todos los distribuidores minoristas, comercializadores o detallistas dejarán de estar obligados a cumplir con la referida cláusula. ¿Qué pasó con la libertad de contratación de la empresa dominante? Pues quedó limitada por la autoridad de competencia con el fin de proteger un bien jurídico de interés público: la competencia. Es posible que la cláusula de venta exclusiva (o marca única) sea válida desde la perspectiva del Derecho civil o mercantil y su eventual nulidad solo podría ser declarada por autoridad jurisdiccional; sin embargo, estos temas son ajenos al derecho de la competencia; en este ámbito, la autoridad de competencia puede ordenar que dicha cláusula deje ser exigida por la empresa dominante, así de simple. Y es que si una cláusula lesiona la competencia, el Indecopi o el

Osiptel, según sea el caso, tiene la facultad de ordenar a la empresa dominante que deje de exigir el cumplimiento de la referida cláusula y respete la competencia. Esta es la virtud del derecho de la competencia. Solo entendiendo esta virtud se podrá confiar en una agencia de competencia capaz de corregir las distorsiones al mercado.

J2847 En resumen, el TC ha precisado que la libertad contractual solo protege contratos lícitos, los que no contravienen normas de orden público, como son las normas que tutelan la libre com-

petencia. En este sentido, el Indecopi, si bien no puede declarar la invalidez (nulidad) de un contrato, puede ordenar el cese de la conducta anticompetitiva detectada en el procedimiento de investigación y sanción a través del dictado –en la resolución final– de una medida correctiva o complementaria, y esta medida puede generar que la empresa investigada –que ha abusado de su posición de dominio– incumpla sus compromisos contractuales con sus clientes, lo que puede dar lugar a una inoponibilidad relativa del contrato correspondiente. **JUS**