

A

ACTUALIDAD JURIDICA

INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUECES

TOMO 176
JULIO 2008

ESPECIALES **2**

RECIENTES MODIFICACIONES AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL EL NUEVO DERECHO DE MERCADO PERUANO

LAS REFORMAS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1069 Y
EL "PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN"

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE REPRESIÓN DE
CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

LAS MODIFICACIONES A LA LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL

COMENTARIOS A LA LEY COMPLEMENTARIA DEL
SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA

COMENTARIOS A LA NUEVA LEY DEL NOTARIADO

LA DESPENALIZACIÓN DE LOS DELITOS ECONÓMICOS

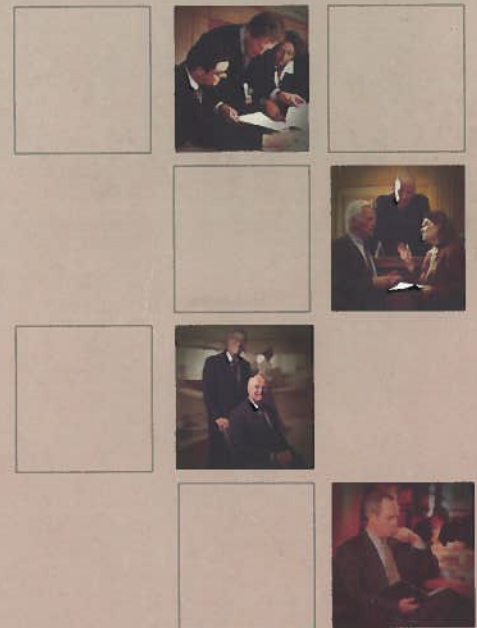
LA RECIENTE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA

LA CREACIÓN DEL SISTEMA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

LAS MODIFICACIONES AL RÉGIMEN DE NOTIFICACIÓN PREVISTO
EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

EL RÉGIMEN DE IMPUGNACIONES EN LA NUEVA LEY DE
CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

LAS RECIENTES REFORMAS AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR



EN ESTE NÚMERO ESCRIBEN **45** AUTORES

ENTRE OTROS:

Fernando Vidal Ramírez
Jorge Toyama Miyagusuku
Juan Espinoza Espinoza
Eugenia Ariano Deho
Marianella Ledesma Narváez
Christian Guzmán Napuri
Daniel Echaiz Moreno
Hugo Gómez Apac
Marco Antonio Martínez Zamora
Gunter González Barrón
Eduardo Oré Sosa
J. María Elena Guerra Cerrón
Eduardo León Alva

GACETA
JURIDICA

A

CTUALIDAD JURIDICA

INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUECES

TOMO 176
JULIO 2008

COMITÉ CONSULTIVO

(*) Max Arias Schreiber Pezet
Carlos Fernández Sessarego
Fernando Vidal Ramírez
Domingo García Belaunde
Jorge Avendaño Valdez
Felipe Osterling Parodi
Fernando de Trazegnies Granda
Carlos Cárdenas Quirós
Jorge Santistevan de Noriega
Alberto Ruíz-Eldredge
(†) César A. Mansilla Novella
Juan Monroy Gálvez
Oswaldo Hundskopf Exebio
Ricardo Beaumont Callirgos
Juan Espinoza Espinoza
Victor García Toma
Samuel Abad Yupanqui
Alfredo Bullard González
Enrique Varsi Rospigliosi
Yuri Vega Mere
Mario Castillo Freyre
Jorge Toyama Miyagusuku
Carlos Ramos Núñez
Eugenia Ariano Deho
Juan Carlos Morón Urbina
Luis Lamas Puccio
Wilfredo Sanguineti Raymond
Anibal Torres Vásquez
(†) Manuel de la Puente y Lavalle

DIRECTOR

Walter Gutiérrez Camacho



GACETA
JURIDICA

DIRECTOR GENERAL

Walter Gutiérrez Camacho

DIRECTOR LEGAL

Manuel Muro Rojo

SUBDIRECTOR LEGAL

Manuel Alberto Torres Carrasco

COLABORADORES PERMANENTES Y

STAFF PROFESIONAL

Actualidad Civil y Registral

Juan Espinoza Espinoza

Yuri Vega Mere

Martín Mejorada Chauca

Luis Alberto Aliaga Huaripata

Martha del Carmen Silva Díaz

Fernando Tarazona Alvarado

Elena Rosa Vásquez Torres

Federico Mesinas Montero

Juan Carlos Esquivel Oviedo

Nelwin Castro Trígoso

Actualidad Procesal Civil y de Arbitraje

Eugenia Ariano Deho

Ana María Arrarte Arisnabarreta

Carlos Alberto Matheus López

Rolando Martel Chang

Gabriela Herencia Ortega

Aldo Zela Villegas

Roger Merino Acuña

Actualidad Penal y Procesal Penal

Luis Miguel Reyna Alfaro

Alonso Peña Cabrera Freyre

Carlos Ávalos Rodríguez

Eduardo Alcócer Povis

Eduardo León Alva

Nelson Salazar Sánchez

Juan Antonio Rosas Castañeda

Gustavo Urquiza Videla

Mariela Rodríguez Jiménez

Actualidad Constitucional

Edgar Carpio Marcos

Luis Castillo Córdova

Roberto Pereira Chumbe

Javier Adrián Coripuna

Sofía Salinas Cruz

Juan Manuel Sosa Sacio

Catherine Sevilla Torello

Actualidad Administrativa

Juan Carlos Morón Urbina

Richard Martín Tirado

Christian Guzmán Napurí

Marco Martínez Zamora

Estudio Fernández & Rosillo Abogados

Adolfo Céspedes Zavaleta

Hildebrando Castro Pozo Chávez

Rodrigo Delgado Capcha

Actualidad Laboral y Previsional

Jorge Toyama Miyagusuku

Javier Dolorier Torres

César Abanto Revilla

César Puntriano Rosas

Estudio González & Asociados

Sara Campos Torres

Fernando Rodríguez García

Gustavo Francisco Quispe Chávez

Actualidad Tributaria

Norma Alejandra Baldeón Güere

Percy Bardales Castro

Suehelen Espinoza Ochoa

Actualidad Mercantil

Oswaldo Hundskopf Exebo

Rolando Castellares Aguilar

Walter Gutiérrez Camacho

Manuel Alberto Torres Carrasco

Miriam Mabel Tomaylla Rojas

Carlos Padilla Ponce

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Martha Helalgo Rivero

Henry Marquezado Negri

Wilfredo Gallardo Calle

CORRECCIÓN DE TEXTOS

Alex Ortiz Alcántara

Krís Príncipe Portocarrero

María Elena Martínez Landeo

Luigi Aguilar Quintana

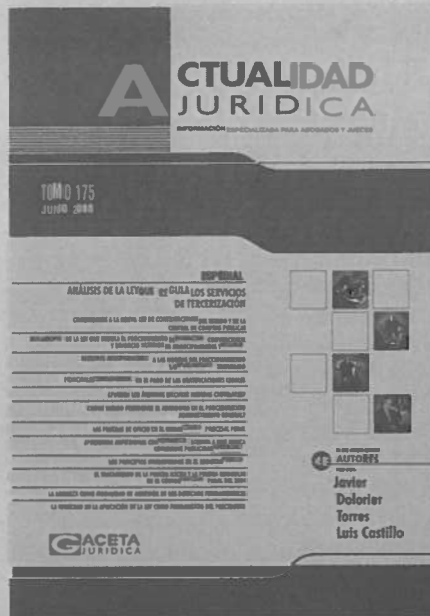
Julio Rojas Ramos

DIRECTOR COMERCIAL Y DE MARKETING

César Zenitgoya Suárez

TOMO 176
JULIO 2008

SUMARIO
CON SECCIONES PARA CADA ESPECIALIDAD DEL DERECHO



NUESTRA CARÁTULA ANTERIOR (TOMO 175)

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL
EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
98 - 2654 (T. 176)

ISSN VERSIÓN IMPRESA: 1812-9552

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501220800517

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL
Derechos reservados. D.Leg. Nº 822

(* Gaceta Jurídica S.A. no se solidariza necesariamente con las opiniones
vertidas por los autores en los artículos publicados en esta edición.

El ámbito de aplicación objetivo de la reciente Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Hugo
 GÓMEZ APAC^(*)

SUMARIO:

I. Introducción. II. El control de las conductas anticompetitivas. III. El propósito del artículo 3. IV. Antecedente: la propuesta descartada. V. La propuesta del Indecopi. VI. Alcances del término "norma legal". VII. Lo que se agregó al artículo 3 del proyecto del Indecopi. VIII. La necesidad de que solo por norma con rango de ley se establezcan excepciones a la aplicación de la LRCA. IX. Conclusión.

MARCO NORMATIVO:

- Constitución Política del Perú: art. 61.
- Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo N° 1034 (25/06/2008): art. 3.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende explicar el contenido y alcances del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA)⁽¹⁾, aprobado por Decreto Legislativo N° 1034⁽²⁾, sentando posición sobre el requisito que debería cumplirse para que el Estado promueva reuniones con empresas privadas para acordar precios u otras condiciones de producción, distribución o comercialización en beneficio, supuestamente, de los consumidores, tema que fue duramente cuestionado ni bien se publicó dicha ley⁽³⁾.

Veamos en primer lugar el texto del referido artículo:

"Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo.-

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.

TEMA RELEVANTE

El último 25 de julio entró en vigencia la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1034, razón por la cual en este artículo se analiza su ámbito de aplicación objetivo. Así, el autor centra su análisis particularmente en lo referido a los antecedentes, propósito, contenido y alcances del artículo 3 de la mencionada ley, llegando a la conclusión de que están fuera de su aplicación aquellas conductas que son consecuencia de lo dispuesto en una norma con rango de ley —como por ejemplo, un acuerdo de precios ordenado por un decreto legislativo—; además sienta su posición sobre el requisito que debería cumplirse para que el Estado promueva reuniones con empresas privadas para acordar precios u otras condiciones de producción, distribución o comercialización en beneficio, supuestamente, de los consumidores.

No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar del consumidor".

Un primer tema que debe mencionarse es cuál es la finalidad del artículo 3, lo

que nos lleva a explicar previamente, aunque sea en forma concisa, de qué trata la LRCA.

II. EL CONTROL DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

La competencia (o proceso competitivo) en el mercado constituye un bien jurídico

(*) Abogado. Actualmente profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, del curso de Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y del curso de Instituciones Jurídicas de la Regulación en la Maestría de Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi.

(1) El autor del presente artículo, en tanto se desempeñó como funcionario del Indecopi, recibió de la Presidencia de esta Institución el encargo de dirigir el proceso de reforma de la legislación del Indecopi —proceso que incluyó al Proyecto de Decreto Legislativo de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas—, lo que efectuó entre diciembre de 2007 y mayo de 2008.

(2) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de junio de 2008.

(3) Así, en el diario *Perú21*, en su edición del 30 de junio de 2008, Alfredo Bullard, en su artículo titulado "Lo bueno y lo feo", señaló lo siguiente:

"Indecopi: muchas leyes y poco espacio. Me limito hoy a la nueva Ley de Competencia. Lo bueno: se sepulta esperantos económicos como (1) el intento del anterior Tribunal del Indecopi de controlar precios; ya no se puede (en realidad nunca se pudo) sancionar los precios abusivos; y (2) se deja claro lo que ya estaba claro: concertar precios entre competidores es como pasarse la luz roja; ya no hay excusa, si lo haces te multan. Lo feo: un contrabando metido aparentemente en el Consejo de Ministros. En el artículo 3 se señala que el Estado puede asumir acciones para 'mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores'. Me imagino que se refieren a las experiencias nefastas en las que el Estado reúne a los productores para 'concertar' (en realidad presionar) para que bajen los precios, malogrando lo bueno de la nueva ley. Como siempre el Estado dando el mal ejemplo, fomentando la cartelización y recreando, bajo nuevas formas, controles de precios".

merecedor de tutela por parte del ordenamiento jurídico, dado los beneficios que genera para consumidores, empresas, trabajadores y Estado⁽⁴⁾. Es así que, desde la cúspide normativa, el artículo 61 de la Constitución Política del Perú⁽⁵⁾ señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas y que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

Para tutelar la libre competencia, el Estado despliega una serie de políticas conducentes a controlar las conductas y estructuras de mercado anticompetitivas. Las conductas anticompetitivas prohibidas y sancionadas a nivel mundial son el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias. Así, hablar de control de conductas es referirse a un sistema punitivo (administrativo o judicial) que prohíbe y sanciona el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias.

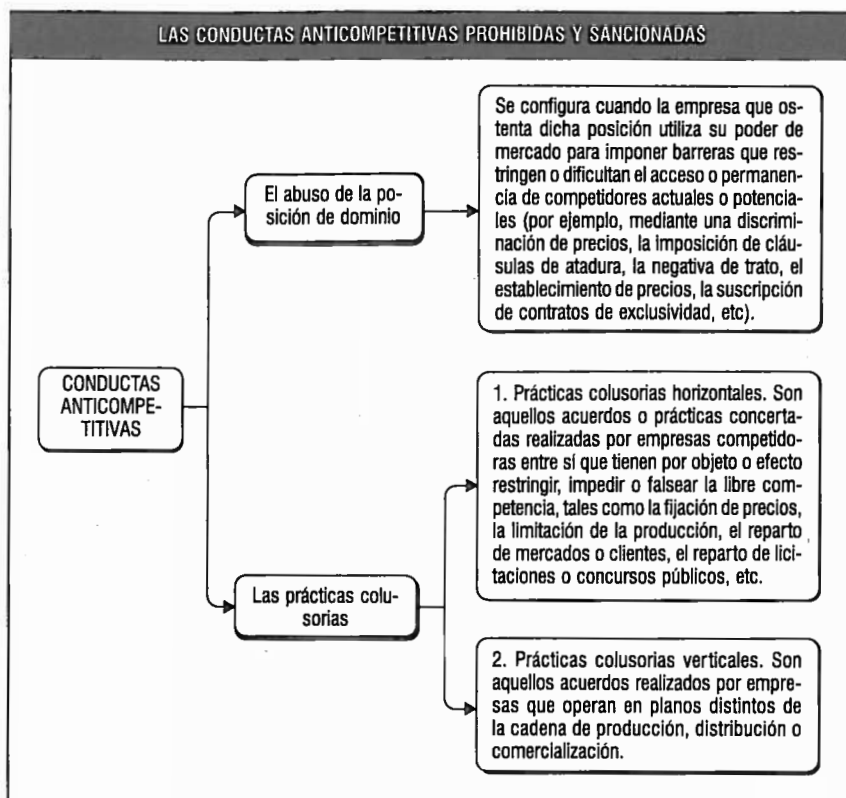
Existe abuso de posición de dominio⁽⁶⁾ cuando la empresa que ostenta dicha posición utiliza su poder de mercado para imponer barreras que restringen o dificultan el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales, es decir, utiliza su posición de dominio, y no la implementación de eficiencias económicas, para hacer más costosa la permanencia de competidores actuales (busca desplazarlos del mercado) o más costoso el acceso de competidores potenciales (busca impedir o retrasar su ingreso al mercado), por ejemplo, mediante una discriminación de precios, la imposición de cláusulas de atadura, la negativa de trato, el establecimiento de precios predatorios, la suscripción de contratos de exclusividad, etc.

Las prácticas colusorias pueden ser horizontales o verticales. Las primeras son los acuerdos⁽⁷⁾ o prácticas concertadas⁽⁸⁾ realizados por empresas competidoras entre sí que tienen por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como la fijación de precios, la limitación de la producción, el reparto de mercados o clientes, el reparto de licitaciones o concursos públicos, etc. Y estaremos frente a prácticas colusorias verticales cuando tales acuerdos son realizados por empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización.

El control de estructuras constituye un sistema de autorización previa de concentraciones empresariales (fusiones y adquisiciones), de modo que aquellas concentraciones que pueden lesionar significativamente la competencia, o pueden generar posiciones dominantes, no son autorizadas, o lo son bajo determinadas condiciones.

En el Perú, el control de estructuras se limita al sector eléctrico, a través de la

LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS PROHIBIDAS Y SANCIONADAS



Ley N° 26876⁽⁹⁾, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, y sus dos reglamentos⁽¹⁰⁾. En cambio, el control de las conductas anticompetitivas se encontraba regulado en el Decreto Legislativo N° 701⁽¹¹⁾, Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, norma que ha sido sustituida por la LRCA a partir del 25 de julio de 2008⁽¹²⁾, fecha de entrada en vigencia de esta ley⁽¹³⁾.

III. EL PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 3

La finalidad del artículo 3 es excluir de la aplicación de la LRCA aquellas conductas que, si bien por la naturaleza de los hechos podrían constituir casos de abuso de posición de dominio o prácticas colusorias, y por tanto ser sancionados por la autoridad administrativa de competencia, por su origen no constituyen conductas ilícitas, al ser consecuencia de

(4) Como consecuencia de la competencia, los consumidores obtienen bienes y servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y a un acceso más fácil y rápido a ellos. Las empresas se ven incentivadas a ser más eficientes, pues la rivalidad del mercado las fuerza a reducir sus costos, innovar y mejorar sus procesos de distribución y comercialización. Estas eficiencias incrementan la competitividad de las empresas, lo que les permite incrementar su producción y ventas, lo que a su vez eleva las tasas de empleo y mejora los salarios. Y gracias a estos mayores ingresos y ventas, el Estado obtiene una mayor cantidad por concepto de recaudación tributaria y con ello la disponibilidad de recursos públicos para brindar servicios esenciales a la población como seguridad, justicia, salud, educación e infraestructura.

(5) Constitución Política del Perú.-

"Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares".

(6) Una empresa tiene posición de dominio cuando es fijadora de precios en el mercado, es decir, cuando puede actuar de manera independiente a sus proveedores, competidores o clientes. Lo contrario ocurre cuando el mercado está atomizado, cuando hay cientos (o miles) de ofertantes y demandantes de un determinado producto, de modo que todos son tomadores de precios, es decir, todos ofrecen o adquieren el producto al precio, sin que ninguno pueda influir de manera unilateral en dicho precio.

(7) También las decisiones o recomendaciones tomadas al interior de asociaciones o gremios de empresas.

(8) Las prácticas concertadas son los acuerdos probados con pruebas indirectas (indicios y presunciones).
Publicada el 19 de noviembre de 1997.

(9) Aprobados por Decretos Supremos N°s. 017-98-ITINCI y 087-2002-EF, publicados el 16 de octubre de 1998 y el 1 de junio de 2002, respectivamente.

(10) Publicado el 7 de noviembre de 1991. Modificado por Decreto Ley N° 25868 (publicado el 24 de noviembre de 1992); Decreto Ley N° 26004 (publicado el 27 de diciembre de 1992); Decreto Legislativo N° 788 (publicado el 31 de diciembre de 1994); Decreto Legislativo N° 807 (publicado el 18 de abril de 1996); y Decreto Legislativo N° 957 (publicado el 29 de julio de 2004).

(11) Así lo dispone la cuarta disposición final de la LRCA.

(12) No debe perderse de vista que existe un marco normativo supranacional de la libre competencia de aplicación en el territorio nacional, que es la Decisión 608, Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina, emitida el 29 de marzo de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 4 de abril de 2005 y vigente para Bolivia, Colombia, Venezuela y Perú a la fecha de su publicación, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 51.

lo dispuesto en una norma con rango de ley. Así, por ejemplo, si por mandato de la Ley "X", todas las empresas productoras de un determinado bien están obligadas a acordar un único precio para su venta en el mercado, este acuerdo no será sancionado por la LRCA, pues dicha conducta, si bien constituye un acuerdo de precios, no es fruto de una actuación voluntaria de tales empresas, sino consecuencia de un "acto del príncipe", es un acuerdo cuyo origen es el acatamiento a un mandato establecido en la Ley "X". Y es que sería absurdo que el Indecopi sancionara a dichas empresas por obedecer lo ordenado por la ley; tal insensatez no tiene lugar en un Estado de Derecho. Sería poner a los ciudadanos entre la espada y la pared: si no cumplen con la ley, serían sancionados por incumplirla; y si la cumplen, serían sancionados por cumplirla.

Es evidente que si la referida conducta restringe la competencia (bien jurídico tutelado constitucionalmente), lo que corresponde es dejar sin efecto la Ley "X" y no pensar en sancionar a los cumplidores de la norma. De ahí que el artículo 3 de la LRCA señale que el cuestionamiento debe dirigirse a la norma jurídica, a la ley, lo que, como es obvio, debe canalizarse a través de la vía procesal correspondiente⁽¹⁴⁾.

IV. ANTECEDENTE: LA PROPUESTA DESCARTADA

Señalar que se encuentra fuera de aplicación de la LRCA aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal no fue lo primigenio que propuso el Indecopi. Esta institución publicó en su página web, entre el 5 y 25 de marzo de 2008, una primera versión del Proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Proyecto Preliminar), cuyo artículo 3 señalaba lo siguiente:

"Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo.-

(Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que se desarrolla en un mercado en el que la ausencia de competencia origina la intervención del Estado a través de regulación que busca simular condiciones de competencia en el mercado relevante de que se trate.)"

Conforme a dicha propuesta, no cabe la aplicación de la ley de control de conductas anticompetitivas ni la intervención de la autoridad de competencia, si se presentan las siguientes condiciones:

- La conducta anticompetitiva (básicamente un abuso de posición de dominio) es realizada por un monopolio natural⁽¹⁵⁾ (en un mercado relevante donde la competencia no es posible).
- Dicho monopolio está sometido a regulación económica⁽¹⁶⁾ por parte de un organismo regulador⁽¹⁷⁾.

- La regulación económica aplicable contempla reglas que controlan el abuso de poder de mercado del monopolista natural.

El abuso de poder de mercado del monopolista natural debe ser corregido por el organismo regulador y no por la autoridad de competencia, y no por las normas que recogen el control de las conductas anticompetitivas sino por reglas especiales propias de la regulación económica, que bajo una óptica distinta a la anterior, también busca corregir el abuso del poder de mercado.

Ejemplo de ello es el caso de un monopolio natural que niega a un competidor de manera injustificada el acceso a una facilidad esencial, restringiendo la competencia. En este caso, el abuso (la negativa de trato) debe ser corregido por el organismo regulador competente conforme a las reglas especiales (regulación económica) previstas para el acceso a

una facilidad esencial, como por ejemplo la aplicación del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) del Ositran, aprobado por Resolución N° 054-2005-CD-OSITRAN⁽¹⁸⁾.

El artículo 3 del Proyecto Preliminar buscaba recoger en una norma con rango de ley el criterio establecido por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi en la Resolución N° 0004-2008/TDC-INDECOPI del 3 de enero de 2008 (caso Alfagas), en donde señaló que, en virtud a la aplicación del "principio de supletoriedad", solo la regulación económica (y no la regulación social⁽¹⁹⁾) desplaza la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia (en ese entonces el Decreto Legislativo N° 701)⁽²⁰⁾.

Sin embargo, el contenido del artículo 3 del Proyecto Preliminar fue considerado

(14) La acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional tratándose de una norma con rango de ley.

(15) "(...) Hablamos de un monopolio natural cuando un producto o una gama de productos pueden ser producidos a un menor precio por una sola empresa que por dos o más, debido a lo que se conoce como subaditividad de costos. De ahí que se afirme que estamos ante un monopolio natural cuando es más eficiente para la sociedad que un producto o servicio sea provisto por una sola empresa que por dos o más, pues esa sola empresa está en capacidad de producir a un menor precio que si dos o más lo hicieran en un entorno competitivo. La literatura económica suele indicar que es causa de la existencia de un monopolio natural la presencia de economías de escala, de ámbito o de densidad, así como la existencia de altos costos hundidos. En definitiva, son las barreras a la entrada, el que en el mercado haya una determinada demanda y que la empresa incumbente atienda la totalidad o un significativo porcentaje de dicha demanda, lo que define la presencia de un monopolio natural.

12. Ejemplo de monopolio natural es la distribución y suministro de agua potable. Con la técnica actual, aún es más eficiente que dicha actividad sea realizada por una sola empresa que por dos o más. Se suelen encontrar monopolios naturales en las industrias de red de servicios públicos o infraestructura de transporte de uso público, tales como la transmisión y distribución de electricidad, agua potable o gas; la red portadora de telecomunicaciones; las carreteras y vías férreas, y los puertos y aeropuertos" (Resolución N° 0004-2008/TDC-INDECOPI, Expediente N° 009-2006/CLC).

(16) "13. Cuando estamos frente a un monopolio natural, la competencia no es posible, por lo que el Estado interviene para crear artificiales condiciones de competencia. Esta es la particularidad de la regulación económica. Es un conjunto de instrumentos de política pública que, ex ante, busca simular condiciones de competencia en un mercado donde, en principio, la competencia no es posible. Mediante la regulación económica, el Estado fija precios, ya sea el precio (tarifa) del servicio público domiciliario, el cargo de acceso a una facilidad esencial o cargo de interconexión. Es a través de esta fijación de precios que el Estado logra simular competencia, y luego introducir competencia, en una industria donde no sería posible la competencia si solo rigiera el Derecho Privado.

14. Un monopolio natural propio de las Industrias de prestación de servicios públicos no sólo restringe la competencia, sino que también genera externalidades y tiene ventajas de información sobre los usuarios o clientes. De ahí que para controlar y evitar que abuse el monopolista, los organismos reguladores aplican tanto la regulación económica (fijación de precios de servicios domiciliarios y cargos de acceso a la red) como la social (regulan la calidad del servicio, aprueban cláusulas generales de contratación, etc.). En el Perú, los Organismos Reguladores de Servicios Públicos (Osiptel, Osinergmin, Sunass y Ositran) aplican tanto la regulación económica como la regulación social." (Resolución N° 0004-2008/TDC-INDECOPI, Expediente N° 009-2006/CLC).

(17) Estamos hablando de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos: el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - Osiptel, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento - Sunass y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin.

(18) Publicado el 24 de septiembre de 2005.

(19) "9. La regulación social es el conjunto de instrumentos de política pública que, de manera *ex ante*, tiene por objeto minimizar las externalidades, corregir las asimetrías de información y reducir los costos de transacción. Son ejemplos de este tipo de regulación, aunque en diferentes intensidades, las normas sobre zonificación y licencias de funcionamiento de establecimientos comerciales, las normas de tránsito y las que exigen que los vehículos automotores cumplan con determinados requisitos técnicos, las normas de protección del ambiente que establecen limitaciones en las emisiones de gases tóxicos, la obligación de obtener autorizaciones sanitarias para comercializar productos de consumo humano, las exigencias de patrimonio mínimo para constituir bancos o compañías de seguros, etc.

10. En términos generales, las regulaciones sectoriales de transporte, minería, educación o salud o la regulación del sistema financiero, bursátil, de seguros o de administración de fondos privados de pensiones, son ejemplos concretos de regulación social. En esta regulación, el Estado interviene *ex ante* sobre el establecimiento del negocio; las condiciones de calidad del producto, servicio o actividad; la solvencia del negocio e; inclusive, respecto de la administración del negocio, como ocurre en el mercado de administradoras privadas de fondos de pensiones, donde las empresas no tienen absoluta libertad sobre el destino de sus inversiones. Obviamente la regulación social se manifiesta en diferentes intensidades: hay actividades que solo requieren regulación del establecimiento (p.e. una sastrería), otras, además de lo anterior, requieren la regulación de estándares mínimos de calidad del producto (p.e. la fabricación de medicamentos), y en otras, además de las dos anteriores, es necesario fijar capitales sociales mínimos y se pone límite a las inversiones (p.e. los bancos). Es la intensidad de las externalidades negativas que puede producir una determinada actividad económica y el grado de asimetría informativa entre productores y consumidores lo que justifica el establecimiento de la regulación social" (Resolución N° 0004-2008/TDC-INDECOPI, Expediente N° 009-2006/CLC).

(20) "16. Dicho ello, corresponde señalar que el principio de supletoriedad no se aplica frente a la regulación social, sino frente a la regulación económica, por la sencilla razón de que si en un mercado la competencia no es posible, de nada sirve la aplicación de la política de competencia. En un mercado donde la competencia no es posible por existir un monopolio natural, no tiene sentido estar sancionando conductas anticompetitivas para garantizar una competencia inexistente. Cuando hay un monopolio natural lo que corresponde es la aplicación de la regulación económica. Esta, en un primer momento buscará emular condiciones de competencia, luego, en una fase más avanzada, introducir competencia. Una vez que en el mercado, y gracias a la intervención de la regulación económica, la competencia es posible, recién entonces se aplicará la política de competencia, para castigar aquellas conductas que restringen precisamente esa competencia introducida por la regulación económica.

poco claro por los comentaristas que opinaron respecto de la versión publicada en marzo de 2008⁽²¹⁾. No solo eso, dentro del grupo de trabajo⁽²²⁾ encargado de elaborar el proyecto de ley, tampoco obtuvo respaldo suficiente, por lo que finalmente fue descartado.

V. LA PROPUESTA DEL INDECOPI

En su lugar, se optó por incluir como artículo 3 una disposición similar a la contenida en el numeral 1 del artículo 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (ley española), cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 4. Conductas exentas por ley

1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

(...).”

Prueba de ello, en la exposición de motivos del “Proyecto de Decreto Legislativo que aprueba Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, que el Indecopi remitiera a la Presidencia del Consejo de Ministros a finales de mayo de 2008 (en adelante, Proyecto Indecopi), se menciona lo siguiente:

“A nivel de legislación comparada, se puede citar la Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia de España, que en su artículo 4 establece que las disposiciones comunitarias en materia de competencia no se aplican a las conductas que resulten de la aplicación de una ley, lo que resulta equivalente a la norma referida del Proyecto. La inclusión de este dispositivo en la Ley española responde a criterios jurisprudenciales desarrollados tanto por el Tribunal de Defensa de la Competencia de España como a criterios desarrollados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁽²³⁾.”

Es así que el Proyecto Indecopi propuso el siguiente texto:

“Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo.-

Se encuentra fuera de aplicación de la presente ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente ley⁽²⁴⁾.”

VI. ALCANCES DEL TÉRMINO “NORMA LEGAL”

Para comprender los alcances del artículo 3 de la LRCA es clave entender el término “norma legal” en el contemplado. Si

es sinónimo de norma jurídica escrita con efectos generales, además de la ley, los reglamentos administrativos (aprobados por decreto supremo, resolución ministerial, resolución directoral, decreto regional, decreto de alcaldía, etc.) entran en el concepto, lo cual es peligrosísimo, pues supondría que cualquier ministro, director general, superintendente, presidente regional, alcalde u otra autoridad facultada para emitir un reglamento administrativo, podría autorizar a una empresa a abusar de su posición de dominio o habilitar a varias empresas a realizar una práctica colusoria. Significaría que cualquier autoridad atribuida de la potestad reglamentaria podría perforar la LRCA para atender los “reclamos” (llámese *lobby*) de aquellos empresarios que no quieren competir y que necesitan un ambiente “monopólico” para saciar su apetito de mayores ganancias a costa de

los consumidores. Un respeto mínimo al bien jurídico protegido por el texto constitucional nos impide aceptar esta peligrosa interpretación.

¿Qué tan difícil es que una empresa dominante o un oligopolio poderoso “convenza” a una de las autoridades antes mencionadas de lo dañino de la competencia y que lo mejor “para la sociedad” (léase “para sus intereses”) es que debería estar excluida de la aplicación de la ley⁽²⁵⁾? Si solo bastara un reglamento administrativo para monopolizar (autorizando el abuso de la posición de dominio o la formación de cárteles) los mercados, nada se ha ganado con la dación de la LRCA; todo lo contrario, se ha perdido, y muchísimo, pues se habría entregado a los “mercantilistas” un camino más corto para el aprovechamiento de los consumidores.

17. Las políticas de competencia se aplican en mercados donde la competencia es posible y tienen por objeto proteger el proceso competitivo sancionando para ello conductas o estructuras de mercado anticompetitivas. La aplicación de estas políticas está a cargo de la agencia de competencia. En nuestro país, el Decreto Legislativo 701 constituye el marco normativo que busca proteger la competencia en los distintos mercados mediante la tipificación y sanción de aquellas conductas que atentan contra el proceso competitivo, como son las prácticas restrictivas de la libre competencia y el abuso de posición de dominio. Esto es, se trata de un control posterior de las actividades de los agentes en el mercado.

18. El principio de supletoriedad aludido por la Comisión implica desplazar las políticas de competencia solo frente a la regulación económica; es esta clase de regulación la única que puede primar sobre la ley de defensa de la competencia en su objetivo de corregir las restricciones monopólicas en un mercado. La regulación social, en cambio, convive con la política de competencia. Pueden presentarse conductas anticompetitivas en los mercados de transporte, salud, educación privada, seguros, administradoras privadas de fondos de pensiones, etc. En estos casos, la actuación de la agencia de competencia no impide que se aplique la regulación sectorial y las sanciones que estas prevé.

19. A diferencia de la regulación económica y las políticas de la competencia entre las cuales rige el principio de supletoriedad, la regulación social tiene por objeto corregir las externalidades, asimetrías de información y costos de transacción sin importar si estas se presentan en un mercado donde la competencia es posible o no” (Resolución N° 0004-2008/TDC-INDECOPI, Expediente N° 009-2006/CLC).

(21) Así, por ejemplo, mediante Carta N° 183-2008-ab del 25 de marzo de 2008, el estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados, opinó lo siguiente:

“Este artículo genera problemas de interpretación ya que no queda claro si en los mercados regulados se excluye por completo la aplicación de la ley de competencia o si las normas especiales sobre la materia primarán solo cuando la regulación haya adoptado una solución específica (y las normas de competencia serán aplicables para atacar las fallas de mercado que se produzcan cuando existan vacíos en la regulación).

Debe tenerse en cuenta que la existencia de regulación puede ser resultado de las características económicas propias de determinadas actividades que hacen imposible o muy costoso el desarrollo de competencia (existencia de monopolios naturales, por ejemplo) o del simple deseo del legislador de alcanzar a través de la regulación objetivos cuyo logro podría depender de la restricción de la competencia en el desarrollo de la actividad (acceso universal o redistribución de recursos a favor de determinadas actividades). Por este motivo, debe ser la regulación sectorial la que defina si deben aplicarse o no –y bajo qué condiciones– las normas de competencia a la actividad de que se trata. De donde la definición de esta materia debe ser objeto no de la regulación de competencia, cuanto de la regulación sectorial pertinente”.

(22) Conformado por funcionarios del Indecopi (entre ellos el autor del presente artículo) y el Osiptel, así como una funcionaria del Mincetur en calidad de veedora.

(23) “Ver: Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia Español del 4 de marzo de 1999, en el Expediente N° 335/98. Asimismo, ver Sentencia del 16 de noviembre de 2000 del Expediente N° 477/99. Adicionalmente, ver sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 21 de septiembre de 1998, en el asunto Van Eycke, 267/86”.

(24) Teniendo en cuenta dicho texto, en la exposición de motivos del Proyecto Indecopi se señaló lo siguiente:

“(…) se podría imaginar una situación en la que una ley obligue a las empresas de determinado mercado a concertar los precios de sus productos. Dado que los precios vigentes en el mercado son resultado de una colusión que se da en ejecución de una obligación legal, los agentes económicos involucrados no serían sujetos de sanción por parte de la autoridad de competencia en virtud de la ley de competencia, considerando que su conducta es resultado de lo dispuesto en otra norma legal.

No obstante, conforme se establece en el citado artículo del Proyecto, el cuestionamiento de estas normas deberá realizarse a través de las vías correspondientes. Así, por ejemplo, se podría desmantelar una restricción a la competencia contemplada en una ley solicitando su expulsión del ordenamiento jurídico a través de un proceso de inconstitucionalidad.

En el Proyecto se ha considerado conveniente incluir una disposición como la presente con el objeto de precisar cuál es el mecanismo correspondiente para eliminar distorsiones a la competencia que son resultado de la aplicación de normas legales”.

(25) Como dice Fernández Ordóñez, “(…) La extraordinaria facilidad con que se consigue dinero a través del monopolio tiene varios efectos. Y los primeros en darse cuenta de que con ello se consigue un dinero fácil son los mismos políticos. Los monopolios son la tentación de aquellos que quieren financiar lo que el mercado no está dispuesto a financiar, como las actividades sociales, aventuras industriales, protección de empresas o cualquier otro gasto. El monopolio proporciona ingresos fiscales que no tienen las desventajas de los impuestos.

La pereza del monopolista lleva a que otros agentes se beneficien de su situación excepcional. Proveedores, sindicatos, incluso administraciones públicas se aprovechan de las rentas de los monopolios. Los trabajadores de los monopolios suelen tener mejores sueldos y condiciones que los de empresas normales. A un monopolio telefónico se le puede obligar más fácilmente a que haga compras de material a empresas nacionales. Y es más fácil obtener impuestos especiales de los monopolios porque pueden trasladarlos más fácilmente a los consumidores. Por lo que los entes públicos suelen ser de los primeros en “ordeñar” los monopolios. Al compartir con otros sus beneficios, los monopolistas consiguen no quedarse solos en la defensa del mantenimiento de su privilegio sino que hay otros que van a estar interesados en que se mantengan e incluso, si ellos son los que llevan la principal línea de defensa, nunca parece tan mezquino defender intereses que no son los propios.” (FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel A. *La competencia*. Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 33 y 34.)

El sentido que debe darse al término "norma legal" es el de ley, de norma con rango de ley. Lo impone el sentido común, lo exige el respeto al bien jurídico tutelado por la Constitución Política. Dos elementos apoyan esta tesis. Primero, la fuente de la propuesta, el citado numeral 1 del artículo 4 de la Ley española de Defensa de la Competencia, que se refiere a la "ley". Segundo, la exposición de motivos del Proyecto Indecopi, donde se menciona que el "(...) artículo 3 del Proyecto excluye de su ámbito objetivo de aplicación aquellas conductas que se originan como consecuencia de lo dispuesto en una norma legal, que es el caso de las leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia".

En la exposición de motivos del Proyecto se ha restringido el concepto de "norma legal" a "norma con rango de ley", por lo que así es como debe entenderse. De modo que solo a través de una ley expedida por el Congreso de la República o un decreto legislativo emitido por el Poder Ejecutivo⁽²⁶⁾ previa delegación de facultades sería posible autorizar u ordenar a determinados agentes económicos a restringir la competencia. De darse este supuesto, cabe la acción de inconstitucionalidad contra la ley o el decreto legislativo correspondiente.

Lo anterior nos recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional expedida en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC⁽²⁷⁾, la cual declaró inconstitucional el artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001 que había autorizado al Poder Ejecutivo a fijar, vía decreto supremo, tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional señaló que la fijación de precios mínimos (clara restricción a la competencia) no era una medida razonable (a la luz del test de proporcionalidad) para preservar la salud y la seguridad de los usuarios de los servicios de transporte de pasajeros y mercancías, así como para corregir las distorsiones que afectaban la competencia del mercado formal por la presencia masiva de informales⁽²⁸⁾.

VII. LO QUE SE AGREGÓ AL ARTÍCULO 3 DEL PROYECTO DEL INDECOPI

Hasta esta parte queda claro que lo que propuso el Indecopi fue únicamente excluir aquellas conductas que, no obstante restringir la competencia, eran consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El Proyecto Indecopi fue remitido a la Presidencia del Consejo de Ministros, y es a partir de dicho momento que, fruto del debate y las deliberaciones posteriores, se agrega el resto de las prescripciones contenidas en el artículo 3 de la LRCA.

Lo que se agrega, y que da forma al texto del artículo 3 de la LRCA, es que el

Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores. ¿Qué acciones contribuyen a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores? Aproximamos a la respuesta nos lleva a una primera reflexión, y es que en principio es difícil cuestionar que el Estado promueva acciones conducentes a beneficiar a los consumidores, como a través de mejorar la oferta de los productos que se transan en el mercado. De hecho, si una acción decidida debe tomar el Estado es beneficiar a los consumidores, y no para el corto plazo, sino para una mejora sostenida de mediano y largo plazo. Sin embargo, para no pecar de ingenuos, una idea bastante clara de lo que podrían ser estas acciones nos lo da el artículo 3 de la Ley panameña⁽²⁹⁾ que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia, cuyo texto se transcribe a continuación:

"Artículo 3. Monopolios y actuaciones oficiales. Esta ley no se aplicará a las actividades económicas que la Constitución Política y las leyes reserven exclusivamente al Estado y no hayan sido otorgadas en concesión. En lo que no concierna a tales actividades económicas reservadas, las instituciones y dependencias del Estado y los municipios están obligados a acatar las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El Estado velará porque en sus decisiones y actos administrativos se resguarden los principios de libre competencia y libre concurrencia económica, señalados en esta Ley. A tal efecto, todos los municipios, instituciones autónomas o semiautónomas e instituciones estatales en general podrán solicitar concepto a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, en adelante la Autoridad, cuando en el ámbito de sus decisiones se pueda afectar la libre competencia o la protección al consumidor.

Se exceptúa de la aplicación de las disposiciones de la presente Ley cualquier acto, reunión, acuerdo, arreglo, convenio o fórmula, o

cualquier otro mecanismo o modalidad que promueva el Estado con agentes económicos, cuando dicho mecanismo o modalidad se realice con miras a salvaguardar el interés público.

El interés público deberá ser declarado por el Consejo de Gabinete, para lo cual se podrá solicitar opinión del Consejo Asesor" (El resaltado es nuestro).

Como puede apreciarse, una acción que el Estado podría promover sería, por ejemplo, convocar a una reunión y acordar con los empresarios una reducción de precios en beneficio de los consumidores. Así, por ejemplo, frente al alza del precio de los alimentos o combustibles, una autoridad política, presionada por la opinión pública, podría considerar conveniente (políticamente) invitar, sugerir o presionar a fabricantes, comercializadores o transportistas para que bajen el precio de sus bienes o servicios. Un congresista, ministro, director nacional, presidente regional, alcalde, etc., podría promover reuniones para tomar acuerdos referidos a una reducción de precios, negociando y acordando el monto con el Sector Privado. Las autoridades políticas o administrativas estarían promoviendo una práctica colusoria, pues llegar a un acuerdo con los empresarios implica necesariamente que estos estén inmersos en dicho acuerdo.

La prescripción de que el Estado podrá asumir las acciones (promover acuerdos) que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores está vinculada a la primera parte del artículo, donde se están exceptuando determinadas conductas de la aplicación de la Ley. Ello nos lleva a otro tipo de interrogantes: ¿Qué tipo de relación existe entre la primera parte del primer párrafo del artículo 3 de la LRCA, referida a la inaplicación de la ley, y la segunda parte del mismo párrafo, referida a las acciones del Estado? ¿La segunda parte se encuentra subsumida a la primera? ¿Son prescripciones independientes?

Asumamos, por un momento, que la segunda parte contiene una prescripción que es autónoma de la primera. Desde

(26) Para que sea posible la utilización del decreto de urgencia, la medida tiene que ser excepcional, de urgencia, temporal y solo para resolver un grave problema económico y financiero, con cargo de dar cuenta al Congreso. (Numeral 19 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú).

(27) Publicada el 14 de noviembre de 2003.

(28) El Tribunal señaló lo siguiente:

"(...) Se pueden extraer conclusiones bastante más categóricas si se procede a determinar la necesidad de la medida adoptada. En efecto, una de las condiciones imprescindibles que debe comportar toda medida limitativa de la libre competencia, es aquella referida al "mínimo costo". Corresponde, pues, determinar si no existían medidas que, siendo igualmente adecuadas a efectos de conseguir los objetivos constitucionalmente legítimos, no resultaban siendo menos restrictivas de los derechos fundamentales de contenido económico.

Al respecto, es evidente que un programa de empadronamiento de vehículos, una intensificación en las acciones de fiscalización tributaria, una definición clara de estándares de calidad mínimos, un programa de revisión técnica de unidades, así como una severa política sancionadora de la informalidad y el incumplimiento de los requisitos mínimos de calidad en el servicio de transporte, son medidas menos limitativas de las libertades económicas, e incluso más adecuadas, a efectos de proteger la salud y la seguridad ciudadana y defender la libre competencia".

(29) Ley 45, publicada el 7 de noviembre de 2007.

esta primera lectura, lo que estaría buscando la segunda parte del artículo 3 de la LRCA es la impunidad de tales acciones (reuniones, acuerdos, convenios, concertaciones), al menos con relación a los empresarios, pues conforme al ámbito de aplicación subjetivo de la ley, esta no es aplicable a las decisiones políticas, legislativas o administrativas efectuadas por el Estado.

Resulta entendible la preocupación del legislador (en este caso, el Poder Ejecutivo). No tiene sentido que congresistas, ministros o alcaldes promuevan un acuerdo de reducción de precios (un cártel a fin de cuentas) u otro tipo de acciones, si después el Indecopi va a sancionar a las empresas partícipes de dicho acuerdo, las cuales se sentaron en la misma mesa con las autoridades políticas, a invitación o por presión de estas, para decidir el precio que, supuestamente, beneficia a los consumidores. Así las cosas, una primera lectura de la norma nos estaría diciendo que también están exceptuadas de la aplicación de la ley aquellas conductas anticompetitivas que, si bien no son consecuencia de una norma legal, han sido promovidas por alguna autoridad estatal.

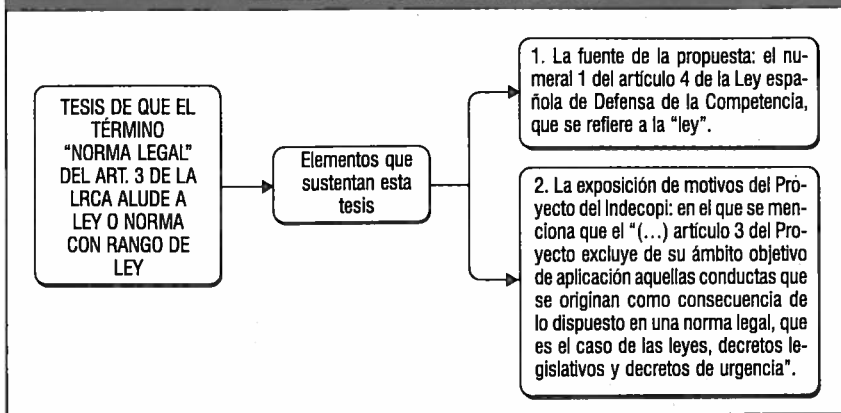
Ahora asumamos que ambas prescripciones se encuentran vinculadas, en el sentido de que la segunda es solo una forma de expresión de la primera. Desde esta perspectiva, las acciones que el Estado tome para beneficiar a los consumidores, susceptibles de restringir la competencia, deben encontrarse amparadas por una norma con rango de ley, pues este es el requisito previsto en la primera parte del primer párrafo del artículo 3. Así, por ejemplo, si fuera intención de la autoridad política convocar a un grupo de empresarios para acordar con ellos una reducción de precios, previamente debería obtener una ley autoritativa, la cual exceptuaría de la aplicación de la LRCA a la conducta (el acuerdo) realizada por los empresarios, aunque promovida por dicha autoridad.

VIII. LA NECESIDAD DE QUE SOLO POR NORMA CON RANGO DE LEY SE ESTABLEZCAN EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA LRCA

Vista ambas posiciones, creemos que la primera es bastante cuestionable, pues con ella se pondría en constante riesgo la competencia. La causa, el hecho de que el artículo 3 no especifica qué autoridad representará al Estado en las supuestas acciones conducentes a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores⁽³⁰⁾, ni precisa qué tipo de acciones son las que podrían implementarse, las que incluso podrían consistir en un aumento de precios.

¿Qué autoridades podrían promover conductas restrictivas de la competencia

ELEMENTOS QUE SUSTENTAN LA TESIS DE QUE EL TÉRMINO "NORMA LEGAL" DEL ART. 3 DE LA LRCA ALUDE A LEY O NORMA CON RANGO DE LEY



exceptuadas de la aplicación de la LRCA? El artículo 3 calla al respecto, generando una incertidumbre aterrador. ¿Cualquier congresista, ministro, superintendente, presidente regional, alcalde provincial o distrital u otro funcionario público estaría facultado para, sobre la base de una pretendida mejora del bienestar de los consumidores, promover conductas que menoscaben la competencia?

Sin ir muy lejos, los notarios podrían persuadir al ministro de justicia para convocar a reuniones y acordar tarifas uniformes por los servicios notariales, argumentando que ello traerá beneficios a los consumidores, como por ejemplo señalando que estos tendrían una mayor certidumbre sobre tales tarifas (al ser únicas), aunque ellas fueran mayores a las que existían (diversidad de precios) cuando había competencia. Las empresas que prestan el servicio de transporte de pasajeros podrían convencer a un presidente regional, o a un alcalde provincial, para que esta autoridad los convoque a una reunión y acuerde una tarifa con ellos y así ordenar el mercado en beneficio supuestamente de los consumidores. Qué mejor ayuda al monopolio que la bendición estatal, y se esgrimirá cualquier tipo de argumento para tratar de sustentar que la restricción de la competencia beneficia a los consumidores.

La lectura del artículo 3 en el sentido de que son independientes la primera y segunda prescripción debe ser descartada, pues nos conduciría a un escenario de inseguridad jurídica donde cualquier autoridad política o administrativa, por

iniciativa propia, o persuasión de los propios empresarios, podría realizar acciones que, bajo el pretexto de beneficiar a los consumidores, restrinjan la competencia en perjuicio de los supuestos beneficiarios⁽³¹⁾.

Por el contrario, desde la otra perspectiva (que prevé como requisito la existencia de una cobertura legal), solo a través de una norma con rango de ley se autorizaría al Estado a promover reuniones, acuerdos o concertaciones, identificando dicha norma a la autoridad facultada para implementar ese tipo de acciones. Si la conducta auspiciada por el Estado va a restringir la competencia, resulta apropiada la aplicación del principio de reserva de ley, por lo que solo una ley autoritativa podría establecer excepciones a la aplicación de la LRCA; sin perjuicio, por cierto, de que dicha norma sea cuestionada por una eventual inconstitucionalidad.

IX. CONCLUSIÓN

El propósito del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es indicar que se encuentran fuera de la aplicación de dicha ley aquellas conductas que son consecuencia de lo dispuesto en una norma con rango de ley. Así, por ejemplo, un acuerdo de precios ordenado por un decreto legislativo. Dicho régimen de excepción también alcanza a las reuniones, acuerdos o convenios de precios u otras condiciones de producción, distribución o comercialización promovidos por el propio Estado, siempre y cuando una norma con rango de ley haya autorizado la realización de este tipo de acciones.

(30) A diferencia de la ley panameña antes citada, la cual al menos encarga al Consejo de Gabinete justificar el interés público que permitirá exceptuar de la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia cualquier acto, reunión, acuerdo, arreglo o convenio promovido por el propio Estado.

(31) Pensemos que en un mercado relevante determinado se aproxima una sobreoferta y los precios están próximos a sufrir una caída significativa. Los empresarios, preocupados ante tal amenaza (dada la información que poseen), podrían convencer a una autoridad política, que ignora dicha amenaza (por su carencia de información), de que están dispuestos a realizar una reducción acordada de precios que beneficiará a los consumidores, pero para que ello se implementen sugieren que dicha autoridad convoque a una reunión y haga la propuesta. Dicha autoridad podría acordar con los empresarios una reducción de precios, ignorando que con competencia el precio se hubiera reducido aún más. Así, la referida autoridad, creyendo ingenuamente que benefició a los consumidores, en realidad termina perjudicándolos.