



Lo bueno, lo malo y lo feo de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas^(*)

Mario

ZÚNIGA PALOMINO^(**)

SUMARIO:

I. Cuestión previa. ¿Era necesario un cambio? II. Supuestos de exención de aplicación de la normas de libre competencia: una zona gris. III. Un grave retroceso: patente de corso para el funcionario público "concertador". IV. Determinación de la posición de dominio: ¿cuál es el marco temporal en el que se debe analizar si una empresa tiene posición de dominio? V. Sobre el abuso de posición de dominio: ¿no más casos de "abuso explotativo"? VI. Nuevos supuestos de abuso de posición de dominio. En particular, el "uso abusivo de procesos judiciales o procedimientos administrativos". VII. Paralelismo: ¿no más "abuso de posición de dominio conjunta"? VIII. El tratamiento de los acuerdos verticales: si funcionaba, ¿para qué arreglarlo? IX. La nueva regulación del procedimiento y de las competencias de la comisión. X. A manera de conclusión.

MARCO NORMATIVO:

- **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo N° 1034 (25/06/2008):** arts. 3; 7 num. 1; 10 nums. 10.1, 10.2, 10.3; 11 num. 11.1; 12 num. 12.2; 27; 30 num. 5; 33 nums. 1, 3 y 4; 37 num. 1; y 46 nums. 1 y 2.
- **Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (11/04/2001):** art. 56.
- **Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, Decreto Ley N° 25868 (24/11/1992):** art. 19 num. b) (Norma derogada a partir del 24/08/2008 por la primera disposición final del Decreto Legislativo N° 1033 del 25/06/2008, excepto los artículos 26 y 26BIS).

I. CUESTIÓN PREVIA. ¿ERA NECESARIO UN CAMBIO?

El 25 de junio de 2008 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo N° 1034, que promulgó la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, la "LRCA"), que deroga y reemplaza al Decreto Legislativo N° 701, cuyo breve articulado contenía las normas que hasta la fecha regularon el sistema peruano de defensa de la competencia (al menos en lo que respecta al denominado "control de conductas"⁽¹⁾). La LRCA, cabe precisar, ha sido promulgada en el marco de la

TEMA RELEVANTE

En este artículo se analizan aguda y críticamente los aspectos más relevantes de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1034. Así, el autor considera que, en términos generales, el texto de la ley es acertado y dispensa un trato adecuado a la mayoría de tópicos regulados; resultando especialmente positiva la marcada orientación "promercado" de su articulado, así como la nueva regulación del procedimiento administrativo por infracción a las normas de libre competencia. No obstante, precisa que queda la impresión de que en los temas sustantivos ella no representa una mejora significativa en la regulación de las conductas anticompetitivas, pues la mayoría de las modificaciones propuestas constituyen precisiones meramente conceptuales o la consagración de criterios que ya estaban fijados en precedentes emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi.

delegación de facultades otorgada mediante la Ley N° 29157, a través de la cual el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la tarea de realizar las modificaciones legales que sean necesarias para implementar el Tratado de Libre Comercio firmado entre el Perú y Estados Unidos de América (en adelante, el "TLC").

En términos generales, el texto de la LRCA es acertado y dispensa un trato adecuado a la mayoría de tópicos regulados. En especial, resulta positiva la marcada orientación "promercado"

que puede apreciarse a través de su articulado (que, por ejemplo, proscribire la posibilidad de perseguir las denominadas "prácticas explorativas"), así como la nueva regulación del procedimiento administrativo por infracción a las normas de libre competencia, que a nuestro criterio define de mejor manera el rol de la secretaría técnica, el inicio del procedimiento, los plazos aplicables (incluyendo la preclusión de la etapa probatoria), la forma y oportunidad de apelación, entre otros aspectos. Asimismo, nos parece positivo que se haya eliminado la

(*) El presente artículo es una versión corregida y extendida del texto publicado en el *Boletín Latinoamericano de Competencia*, editado por la Unión Europea, bajo el título de "Luces y sombras de la Nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas peruana". N° 25, febrero de 2009. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_25.pdf (visitada por última vez el 20 de febrero de 2009).

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Estudio Echeopar. Ex asistente legal de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi.

(1) Las políticas de libre competencia tienen, principalmente, dos grandes herramientas mediante las cuales protegen la competencia. Por un lado está el control de conductas, realizado ex post sobre aquellas conductas empresariales que pueden afectar "indebidamente" la competencia. Por otro lado, tenemos al control de estructuras, que busca ex ante, mediante la revisión administrativa de las operaciones de concentración empresarial, evitar la conformación de estructuras de mercado que faciliten la realización de conductas anticompetitivas. En el Perú, el control de estructuras se aplica exclusivamente en los mercados de generación, transmisión y distribución eléctrica, mientras que el control de conductas se aplica a la generalidad de los mercados.

referencia a las “actuaciones paralelas” incluida en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, que permitía interpretar que podía sancionarse el mero paralelismo de precios. Esto es lo “bueno” que nos trae la nueva LRCA.

Ahora bien, sin perjuicio de los aspectos positivos antes mencionados, queda la impresión de que en los temas sustantivos, pese a la gran cantidad de cambios introducidos, la LRCA no representa una mejora significativa en la regulación de las conductas anticompetitivas. Al menos no una mejora con gran relevancia práctica. La mayoría de las modificaciones propuestas constituyen, en ese sentido, precisiones meramente conceptuales o la consagración de criterios que ya estaban fijados mediante precedentes emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la “Comisión”) y la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la “Sala”) del Instituto Peruano de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, en segunda instancia. En algunos casos, incluso, con ocasión de algunas “precisiones” conceptuales se han introducido cambios nada positivos como el referido al espacio temporal en el que se analiza una posición de dominio. Por otro lado, en algunos casos se han introducido modificaciones que resultan perniciosas, como la posibilidad de que el Estado pueda intervenir en diversos mercados para “mejorar las condiciones de la oferta” o el gris tratamiento brindado a los supuestos de exención. Esto, sin duda, es lo “feo” de la LRCA. Esto es una muestra de lo “malo” de la LRCA.

Se deja extrañar, asimismo, una exposición de motivos que enuncie y explique los objetivos buscados con la modificación de la norma, tarea que debería ser previa a la redacción de su texto. Al no incluir la LRCA ni el proyecto previamente publicado una exposición de motivos, no se ha permitido discutir cuáles son los objetivos que persigue la nueva ley, ni analizar la correspondencia entre dichos objetivos y los mecanismos utilizados⁽²⁾. Resulta sintomático, por ejemplo, que la LRCA haya sido promulgada en virtud de una ley autoritativa que tiene por finalidad reforzar la implementación de las políticas de libre competencia de cara al TLC suscrito con los Estados Unidos de América, y en particular incrementar la competitividad del empresario peruano, pero que no se explique cómo es que sus modificaciones

van a contribuir a mejorar la competitividad. Si bien la relación entre un buen marco normativo de libre competencia y el incremento de la competitividad parece obvia, no queda claro cómo es que la LRCA va a facilitar el surgimiento de empresas más competitivas si se le compara con la norma anterior. La LRCA, en nuestra opinión, ha debido incluir, o tener como paso previo, un balance de la aplicación y funcionamiento de la ley anterior, un análisis respecto de las áreas en las que el Decreto Legislativo N° 701⁽³⁾ ha resultado insuficiente o deficiente. Sin dicho análisis, no nos queda claro que su promulgación haya sido necesaria.

Más allá de las dudas planteadas, sin embargo, la LRCA “llegó para quedarse”, y vale la pena estudiar las novedades y particularidades que contiene. En las líneas siguientes presentaremos algunas ideas acerca de aquellos aspectos más saltantes, tanto positivos como negativos, de la LRCA. Dado que el presente comentario no pretende ser exhaustivo, algunos aspectos interesantes podrían quedar fuera del análisis.

II. SUPUESTOS DE EXENCIÓN DE APLICACIÓN DE LA NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA: UNA ZONA GRIS

El artículo 3 de la LRCA regula el ámbito de aplicación objetivo de la ley, aunque más bien debería hacerse referencia a las conductas eximidas del cumplimiento de ella, esto es, aquellas conductas que pese a encajar en los tipos de prohibición que la LRCA consagra, no resultan sancionables por considerarse que su realización conlleva otro tipo de beneficios sociales o una mayor generación de eficiencias⁽⁴⁾.

El referido artículo establece, con una redacción ciertamente poco feliz, que

la LRCA no es aplicable a “aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal”. Entendemos que a lo que quiso referirse la norma es a los supuestos de exención definidos líneas arriba. Lo que debería decir el texto, en nuestra opinión, es que la LRCA no es aplicable a “aquellas conductas expresamente permitidas en la ley” o cuando menos a “aquellas conductas que resulten de la aplicación de una ley” tal como hace la Ley Española de Defensa de la Competencia, de modo tal que se exija una relación de causalidad directa entre la conducta exenta y la norma legal que la permita, no bastando autorizaciones genéricas y menos aún que se argumente que el marco jurídico coadyuva o facilita la realización de dicha conducta⁽⁵⁾.

Una redacción como la incluida en la LRCA puede llevar a despropósitos como el realizado por la Sala en el denominado caso de los “precios abusivos”⁽⁶⁾. En dicho caso, la Sala luego de realizar un exhaustivo análisis constitucional y legal sobre la posibilidad de sancionar la imposición de “precios abusivos”, finalmente declara improcedente la denuncia porque la posición de dominio de las empresas denunciadas sería “derivada precisamente de las disposiciones legales que establecen elevadas barreras de acceso al referido mercado”. En efecto, la resolución increíblemente confunde un supuesto de exención de las normas de libre competencia con un caso en el que el marco regulatorio facilita la generación de una posición de dominio (conjunta). Pero que el marco regulatorio facilite el surgimiento de una posición de dominio –que, por lo demás, en el caso concreto nunca fue demostrada– no quiere decir que este justifique o permita el abuso de dicha posición.

(2) Cabe precisar que con posterioridad a la publicación de la LRCA la Presidencia del Consejo de Ministros preparó una exposición de motivos de la LRCA. No obstante, a la fecha de redacción del presente artículo, dicho documento no ha sido publicado en el diario oficial *El Peruano* ni se encuentra publicado en algún portal oficial de acceso público. En todo caso, lo cierto es que en la etapa previa a su promulgación la LRCA no contaba con una exposición de motivos o un documento similar.

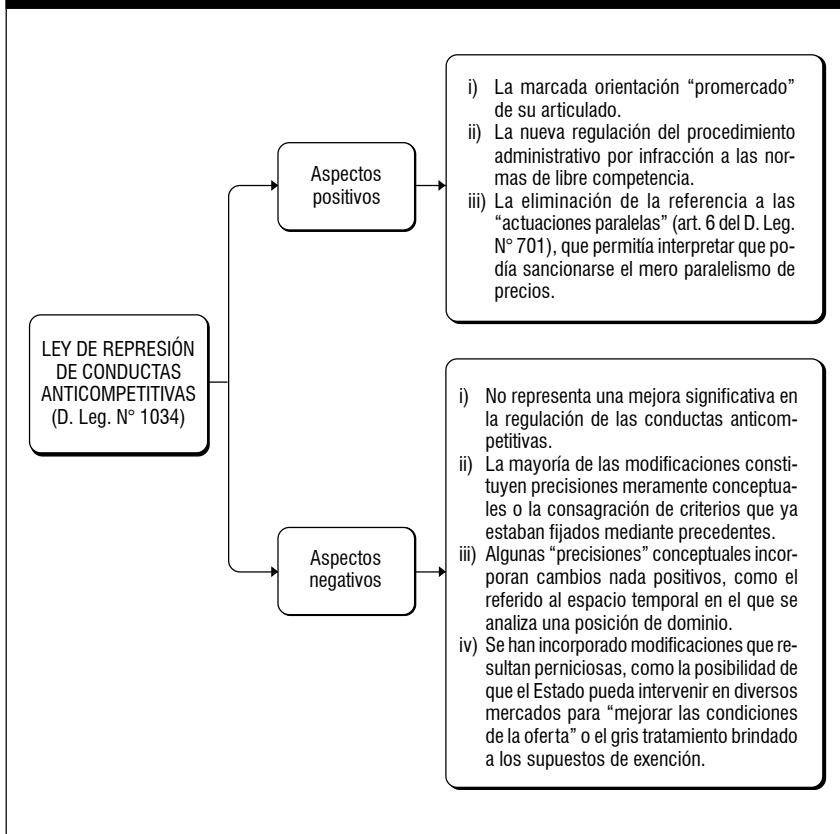
(3) Así por ejemplo, en el denominado *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia* se realiza un balance de la evolución del derecho español en materia de competencia, indicándose cuáles han sido los aciertos y debilidades del sistema, además, de señalarse los principios y objetivos que se buscan a través de la reforma. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/PDFs/memorias/64.pdf> (visitada por última vez el 20 de febrero de 2009).

(4) Ver: KHEMANI, R. Shyam. *Aplicación de las leyes sobre la competencia: excepciones y exenciones*. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 2. Disponible en: http://www.unctad.org/sp/docs/ditclpmisc25_sp.pdf (visitada por última vez el 20 de febrero de 2009).

(5) BAÑO LEÓN, José María. *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la Competencia*. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 86 y ss.

(6) Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI del 4 de junio de 2004. Emitida en el procedimiento iniciado por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el señor Javier Diez Canseco Cisneros contra AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP's por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de “cobro de comisiones excesivas”.

ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA NUEVA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS



Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente mencionar que la norma comentada debe ser interpretada de manera sistemática con el resto de normas contenidas en la LRCA, con lo cual al aplicarla debe tomarse en cuenta también lo establecido por el artículo 10.3, que señala que la LRCA se aplica “inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo”. Dicha interpretación sistemática debería llevar a concluir que no bastaría que el marco legal incentive una conducta o cree las condiciones propicias para que esta se produzca. La ley debería autorizar expresamente una determinada conducta para que esta se considere exenta de las normas de libre competencia.

III. UN GRAVE RETROCESO: PATENTE DE CORSO PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO “CONCERTADOR”

Por si lo comentado en el acápite anterior no fuera suficiente, el mismo artículo 3 de la LRCA contiene otra disposición sumamente criticable. La frase final del primer párrafo del artículo mencionado establece que “(e) Estado podrá asumir las acciones que

considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”⁽⁷⁾. ¿A qué tipo de acciones se refiere el texto citado? ¿Regular precios u otorgar subsidios? ¿IncurSIONAR en la prestación directa de servicios? Entendemos, tal como refiere Bullard, que la frase esconde “una autorización legal para prácticas nefastas en las que el Estado reúne a los productores (caso GLP, aerolíneas, SOAT, etc.) para “concertar” (en realidad presionarlos) para que se bajen los precios”⁽⁸⁾.

No es inusual en el Perú apreciar en los medios de comunicación a un ministro o congresista anunciar que en un determinado mercado los precios están “demasiado altos”, solo para luego ofrecer sus buenos oficios para

reunirse con los empresarios o gremios correspondientes para “pedirles” o “convencerlos” de que bajen los precios o de que no los aumenten⁽⁹⁾.

En realidad, lo que logran estas prácticas, pese a la “buena intención” que a ellas subyace, es generar una plataforma de concertación entre los distintos gremios en los que se interviene. Y así como el día de hoy pueden acordar bajar sus precios “en beneficio de los consumidores”, el día de mañana los mismos agentes pueden concertar una elevación en el precio, o evitar que el precio baje en la magnitud que el mercado dictaría en condiciones normales. Una concertación para la reducción de precios, por ende, puede ser tan peligrosa como una concertación para aumentarlos. Y es que, en el largo plazo, lo que se genera es que los productores o comercializadores controlen los precios, en vez de que estos se determinen por el libre intercambio de oferta y demanda, sin reuniones, intercambios de información, ni acuerdos.

Respecto de este punto será también determinante la línea interpretativa que adopte la Comisión. Dentro de las limitaciones que el texto de la LRCA le impone, la citada autoridad debería restringir lo más posible el ámbito de esta cláusula, por lo demás vaga e indeterminada.

IV. DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO: ¿CUÁL ES EL MARCO TEMPORAL EN EL QUE SE DEBE ANALIZAR SI UNA EMPRESA TIENE POSICIÓN DE DOMINIO?

Cuando se analiza si una empresa denunciada por abuso de posición de dominio goza en efecto de dicha posición, debe tomarse en cuenta la “contestabilidad” del mercado, es decir, si el ingreso al mercado de eventuales competidores puede funcionar como un mecanismo para disciplinar cualquier posible ejercicio de poder de mercado de parte del supuesto dominante⁽¹⁰⁾. Toda empresa que, ante un aumento en el precio por parte de una

(7) La frase comentada fue añadida a la LRCA por el Poder Ejecutivo, no encontrándose en el Proyecto de Ley publicado por el Indecopi en abril de 2008, con la finalidad de recibir críticas y comentarios de la sociedad civil.
 (8) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “La nueva Ley de Competencia. ¿El regreso del Jedi?”. En: *Enfoque Derecho*. Año 7, N° 74. Julio de 2008, p. 4.
 (9) Ver, por ejemplo, el diario *Gestión*, edición del 28 de noviembre de 2008, p. 2: “[El Ministro de Agricultura Carlos] Leyton remarcó que los productores de leche todavía no han subido sus precios, y que no ha habido un incremento efectivo. Explicó que –tras el anuncio de una posible alza en el precio de la leche– se ha reunido con los industriales lácteos, y que estos le han dicho que la mencionada advertencia solo ha constituido la opinión de uno de los funcionarios del sector”.
 (10) Ver: BAUMOL, William J. “Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure”. En: *American Economic Review*. Vol. 72, N° 1. Marzo de 1982, pp. 4-5.

empresa supuestamente dominante, sea capaz y esté dispuesta a entrar en el mercado en cuestión debe ser tomada en cuenta al analizar la posición de dominio de la empresa investigada. Pero dicho ingreso al mercado no puede ser siempre inmediato.

Llama la atención, en ese sentido, que el artículo 7.1 de la LRCA defina la posición de dominio como la "posibilidad de restringir, afectar o distorsionar las condiciones de la oferta o la demanda (...), sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, **en ese momento o en un futuro inmediato**, contrarrestar dicha posibilidad" (el énfasis es nuestro).

No entendemos por qué la norma exige que, para que se descarte la existencia de una posición de dominio, debería demostrarse que el ejercicio de poder de mercado realizado por la supuesta dominante puede ser rebatido "de inmediato". Todo lo contrario, la casuística y la teoría económica sugieren que lo lógico sería que se considere en el análisis un plazo prudencial, dependiendo de las condiciones del mercado en cuestión, para que potenciales entrantes al mercado puedan rebatir el (intento de) ejercicio de poder de mercado de un posible monopolista.

Así, por ejemplo, los **Lineamientos de Fusiones Horizontales** elaborados por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América hacen referencia de un plazo de hasta dos años, que incluso puede ser mayor en el caso de productos durables:

"A fin de desincentivar o contrarrestar efectos anticompetitivos, los entrantes deben conseguir tener oportunamente un impacto en el precio del mercado relevante. La agencia considerará generalmente que una entrada al mercado es oportuna, solo si dicha entrada es creíble y puede ser llevada a cabo dentro del plazo de dos años, desde que es planeada hasta que tenga un impacto significativo en el mercado. Allí donde el producto relevante sea un producto durable, los consumidores, en respuesta a una posibilidad creíble de entrada, podrían postergar su ingreso al mercado realizando inversiones adicionales para extender la vida útil de los productos previamente adquiridos, y de esta forma desincentivar o contrarrestar cualquier intento de ejercicio de poder de mercado. En este contexto, si la entrada solo es posible

fuera del periodo de dos años antes mencionado, la agencia considerará la entrada oportuna siempre y cuando esta sea capaz de desincentivar o contrarrestar cualquier intento de ejercicio de poder de mercado, dentro del periodo de dos años y subsiguientemente"⁽¹¹⁾.

Pensemos, por ejemplo, en el mercado de automóviles o de computadoras. La respuesta del mercado no puede ser inmediata en un mercado en el que los bienes se renuevan cada dos o tres años. Puede citarse también, el caso de industrias de altos costos fijos, que implican la implementación de redes o grandes plantas, y en las que la recuperación de la inversión se proyecta en 20 o 25 años. En ese contexto, la entrada al mercado de un competidor potencial en 2 o 3 años puede perfectamente ser un signo de ausencia de posición de dominio.

En el mismo sentido, la Corte del Segundo Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos de América ha definido a la posición de dominio como "la habilidad de: i) fijar un precio substancialmente sobre el nivel competitivo y, ii) hacerlo sostenidamente sin que este se vea disminuido por la entrada de nuevos agentes al mercado o la expansión de la producción de otros competidores"⁽¹²⁾.

Ahora bien, sin perjuicio de la crítica realizada al texto de la LRCA, consideramos que es tarea de la Comisión aplicarla razonablemente y, en ese sentido, evaluar la "contestabilidad" del mercado en un marco temporal adecuado para cada mercado. Esperemos que los próximos pronunciamientos de la Comisión en casos de abuso de posición de dominio opten por dicho enfoque.

V. SOBRE EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO: ¿NO MÁS CASOS DE "ABUSO EXPLOSTATIVO"?

En la línea de la mayor orientación "pro-mercado", que como hemos destacado

en la introducción del presente artículo caracteriza a la LRCA, el artículo 10, que regula el abuso de posición de dominio, determina la necesidad de acreditar un efecto exclusorio en los casos de prácticas anticompetitivas unilaterales.

En efecto, el artículo 10.1, que define el abuso de posición de dominio señala que:

"Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, **obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos**, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición" (el énfasis es nuestro).

Asimismo, el artículo 10.2, que lista, a manera de ejemplo, los supuestos de abuso de posición de dominio, señala que "(e) abuso de la posición de dominio en el mercado **podrá consistir en conductas de efecto exclusorio** tales como (...)" (el énfasis es nuestro).

La LRCA ha pretendido con la redacción de los textos citados eliminar cualquier interpretación según la cual se pretenda perseguir y sancionar las denominadas "conductas explotativas". Recordemos que se ha definido a las conductas explotativas como:

"(A)quellas que representan el ejercicio (o uso) directo del poder de mercado de la empresa dominante mediante la elevación de los precios por encima del nivel de competencia y la reducción del nivel de producción. Este tipo de conductas no tiene como objetivo lesionar a los competidores actuales o potenciales sino que su objetivo es "explotar" directamente a los consumidores y usuarios imponiéndoles mayores precios y menores cantidades ofrecidas respecto a los

(11) Traducción libre del siguiente texto: "In order to deter or counteract the competitive effects of concern, entrants quickly must achieve a significant impact on price in the relevant market. The Agency generally will consider timely only those committed entry alternatives that can be achieved within two years from initial planning to significant market impact. Where the relevant product is a durable good, consumers, in response to a significant commitment to entry, may defer purchases by making additional investments to extend the useful life of previously purchased goods and in this way deter or counteract for a time the competitive effects of concern. In these circumstances, if entry only can occur outside of the two year period, the Agency will consider entry to be timely so long as it would deter or counteract the competitive effects of concern within the two year period and subsequently". DEPARTAMENTO DE JUSTICIA Y LA COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Lineamientos de Fusiones Horizontales*. Abril de 1992 (revisados en abril de 1997). Sección 3.2. Disponibles en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm> (visitada por última vez el 20 de febrero de 2009).

(12) Traducción libre del siguiente texto: "the ability (1) to price substantially above the competitive level and (2) to persist in doing so for a significant period without erosion for new entry or expansion". *AS/SAT v. Associated Press*, 181 F 3rd (2002), pp. 216-227.

niveles vigentes en un mercado competitivo⁽¹³⁾.

Las conductas exclusorias, por otra parte, han sido definidas como:

“aquellas que, a través de un abuso de posición de dominio, tienen como objeto y efecto desplazar a los competidores del mercado o impedir el acceso de nuevos competidores al mismo. Dicha exclusión no se realiza en función del desempeño eficiente de la empresa dominante ni de su éxito dentro del proceso competitivo, sino que se da en función de un comportamiento anticompetitivo⁽¹⁴⁾.”

Desde nuestro punto de vista, la precisión resulta saludable dado que el Decreto Legislativo N° 701 no establecía expresamente que la autoridad de competencia no puede perseguir y sancionar las prácticas explotativas. Si bien ello se podía desprender de una interpretación sistemática del Decreto Legislativo N° 701, y básicamente atendiendo a la finalidad y orientación del referido decreto⁽¹⁵⁾, algunas corrientes de opinión interpretaron lo contrario con base en el mismo texto legal⁽¹⁶⁾.

Pero, más allá de las interpretaciones que el texto legal anterior haya permitido, consideramos que el cambio es positivo porque nos contamos entre aquellos que creen firmemente que perseguir y sancionar las prácticas explotativas no redundaría en un mayor beneficio social para los consumidores ni para la sociedad en su conjunto. Y es que, salvo en aquellos casos excepcionales en los que nos encontremos ante un mercado con altas barreras a la entrada –mercados que normalmente serán candidatos para la imposición de regulación– cualquier intento de ejercicio abusivo de poder de mercado por parte de un presunto monopolista será a la vez la causa de la dilución de su poder. Aquellas empresas que eleven los precios –o reduzcan la producción o la calidad– en perjuicio de los consumidores no están sino acelerando el ingreso al mercado de nuevos competidores. El ingreso de nuevos competidores, a su vez, reestablecerá el equilibrio competitivo que es el que procura para los consumidores el mayor beneficio posible.

La tarea del derecho de la libre competencia, en ese sentido, es remover aquellas barreras artificiales que buscan eliminar la competencia o retrasar el ingreso de nuevos competidores,

barreras que precisamente hemos definido líneas arriba como prácticas exclusorias.

Perseguir y sancionar las prácticas explotativas, más allá de las limitaciones legales e institucionales que puedan encontrarse para ello, no es deseable, porque el derecho de la libre competencia no busca lograr un determinado resultado, ni busca directamente conseguir precios más bajos, ni una mayor innovación o producción. Lo que busca el derecho de la libre competencia es que sea el mercado –mediante la libre interacción de productores y consumidores– el que determine los niveles eficientes de precios, inversión en innovación y producción.

VI. NUEVOS SUPUESTOS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO. EN PARTICULAR, EL “USO ABUSIVO DE PROCESOS JUDICIALES O PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS”

El artículo 10.2 de la LRCA, que enuncia a manera de ejemplo las prácticas que pueden constituir abusos de posición de dominio, ha incluido algunos supuestos que no se encontraban en el listado similar que contenía el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, a saber, los siguientes:

- “d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
- e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;
- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
- g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos”.

En términos generales, la inclusión de nuevos supuestos parece positiva, ya que permite a los agentes del mercado tener una idea más concreta de las conductas que son pasibles de ser sancionadas bajo las normas de libre competencia y, en ese sentido, permite un mejor planeamiento de sus estrategias empresariales. Ahora bien, al analizar el detalle de cada uno de los supuestos, podremos encontrar algunos aspectos que deben ser comentados.

El primero de los supuestos regulados no nos parece particularmente necesario, ya que se trata de un supuesto de hecho que puede ser perfectamente subsumido dentro del supuesto contemplado en el literal a) del mismo artículo⁽¹⁷⁾. No obstante, para quienes creen que el derecho de la libre competencia puede ser mérito para que se ordene a una asociación o cualquier otra organización admitir a un competidor, el texto del literal d) facilitará su labor.

Llama la atención también que los literales e) y g) hagan referencia a los términos “sugerir” e “incitar”. La actuación de una empresa dominante en un determinado mercado relevante es susceptible de causar un perjuicio al mercado solo si esta impone un determinado precio o condición comercial. Los competidores y consumidores que concurren en el mismo mercado son “tomadores de precios (u otras condiciones comerciales)”. Si el supuesto dominante “sugiere” o “incita” una determinada conducta se entiende que el sujeto pasivo de la sugerencia/incitación es capaz de tomar una decisión distinta. En ese caso, ¿nos encontraríamos realmente ante un caso de abuso de posición de dominio? No nos parece que ese sea el caso. Si, en todo caso, a lo que se refiere el articulado es a ese tipo de sugerencias imposibles de rechazar –casi como cuando un ladrón armado nos “sugiere” entregarle nuestro dinero– una interpretación razonable del término “imponer” hubiera bastado.

(13) Resolución N° 054-2003-INDECOPI/CLC del 10 de diciembre de 2003. Emitida en el procedimiento iniciado por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el señor Javier Diez Canseco Cisneros contra AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP's por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de “cobro de comisiones excesivas”. Esta resolución fue posteriormente confirmada, aunque con una fundamentación diferente, mediante Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI (ver nota 4).

(14) *Ibidem*.

(15) Los principales argumentos en contra de la persecución y sanción de prácticas explotativas pueden encontrarse en la Resolución N° 054-2003-INDECOPI/CLC (ver nota 12).

(16) Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI (ver nota 5).

(17) Literal que regula la negativa de trato: “a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes y servicios”.

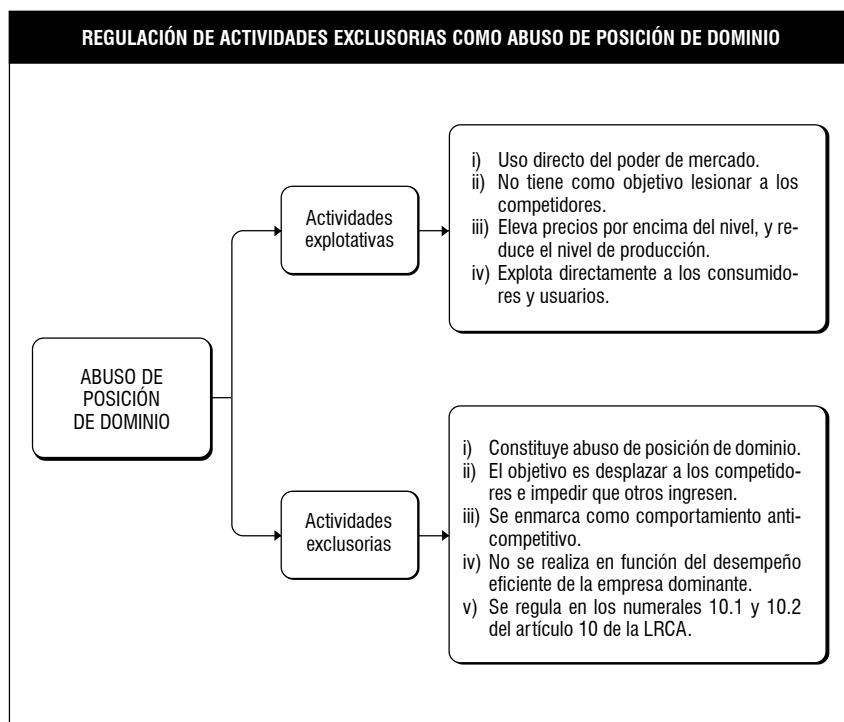
Finalmente, la novedad que nos suscita mayor interés en el presente artículo 10.2 es la inclusión del “abuso de procedimientos administrativos y judiciales” como un supuesto de abuso de posición de dominio. Cabe mencionar que la posibilidad de sancionar este tipo de conductas en virtud de las normas de libre competencia había sido ya reconocida por la Comisión (en ese entonces, Comisión de Libre Competencia) en dos precedentes administrativos.

El primero de ellos es el emitido en el procedimiento iniciado por Lebar S.A. (en adelante, Lebar) contra Asesoría Comercial S.A. (en adelante, Acosa) y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú (en adelante, Agesp), por haberse supuestamente coludido con la finalidad de boicotear su ingreso al mercado. Según la denunciante, tanto Acosa como Agesp cuestionaban la instalación y puesta en funcionamiento de un grifo que sería operado por Lebar, por considerar que dicho establecimiento incumplía con determinadas normas de seguridad contenidas en el Reglamento de Seguridad para Establecimientos de Venta al Público de Combustibles Derivados de los Hidrocarburos (Decreto Supremo N° 054-93-EM), específicamente, en lo que se refiere a la prohibición de instalar grifos y estaciones de servicio en la vía pública. En virtud de ello, las denunciadas dieron inicio a diversos procedimientos ante autoridades administrativas (la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas y la Municipalidad de Lima y La Victoria) y judiciales (acción de amparo iniciada en contra de la Municipalidad de Lima).

Si bien en el caso concreto, la Comisión resolvió que no existía evidencia suficiente para acreditar la realización de la práctica denunciada, se reconoció expresamente –y sin el apoyo de fundamento económico alguno– que:

“(E)l abuso de procedimientos gubernamentales (administrativos o judiciales) puede ser considerado como una práctica prohibida susceptible de ser comprendida dentro de la legislación que sanciona las prácticas restrictivas de la libre competencia”⁽¹⁸⁾.

Posteriormente, en el procedimiento iniciado por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (en adelante, la “APOP”) y otras empresas contra Pilot Station S.A. (en adelante, “Pilot”) y otros, con relación a un supuesto abuso de posición de dominio en el mercado de



practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao, la Comisión reiteró dicho criterio. El caso involucra una serie de imputaciones en contra de Pilot, una empresa bajo la cual se agrupó la totalidad de prácticos (aproximadamente 35) que a diciembre de 2000 operaban en el Terminal Portuario del Callao.

Aparentemente, el hecho de que Pilot agrupe a todos los prácticos que en ese momento operaban en el mercado relevante (constituido por el terminal portuario antes mencionado) tenía como objetivo equilibrar el mayor poder de negociación con el que contaban los clientes del servicio de practicaje (básicamente, empresas navieras y agencias de carga marítima), dadas las “sumamente desfavorables e injustas” condiciones laborales en las que prestaban el servicio de practicaje, y el hecho de que otros prácticos, denominados por Pilot “disidentes”, sustrairan potenciales clientes a Pilot Station “ofertando precios por debajo de lo normal”. Dicha estrategia involucró, más allá de la agrupación de la totalidad de prácticos del mercado en una sola empresa, la celebración de contratos de exclusividad con cada uno de ellos y la prohibición de entrenar a prácticos (o aspirantes a prácticos) que no pertenecieran a la empresa.

Además, como mecanismo de *enforcement* de las acciones antes descritas, Pilot interpuso diversas acciones judiciales y administrativas contra los prácticos “disidentes” (prácticos que decidían prestar sus servicios individualmente a las empresas integrantes de la APOP), lo que incluía acciones de amparo contra prácticos que no “respetaron” sus contratos, acciones de amparo contra otras empresas administradoras de prácticos, procedimientos administrativos ante la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra por el presunto incumplimiento de obligaciones en la prestación del servicio de practicaje e incluso procedimientos penales por fraude en la administración de personas jurídicas (dado que muchos de los prácticos socios de Pilot eran nombrados a su vez directores y/o gerentes de la empresa).

Al analizar la conducta de Pilot, la Comisión sostuvo lo siguiente:

“(…) esta Comisión reconoce el derecho legítimo de toda persona a solicitar tutela jurisdiccional y a ejercer su derecho de petición administrativa ante los órganos correspondientes; sin embargo, **si los procesos judiciales y los procedimientos administrativos interpuestos**

(18) Resolución N° 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1995.

por la empresa denunciada son desestimados (en su mayoría) por las autoridades competentes, la Comisión, en el ámbito de sus competencias, puede evaluar y eventualmente concluir de manera objetiva la **intención** anticompetitiva de una empresa que utiliza innecesariamente dichos mecanismos legales con el único propósito de obstaculizar el acceso o permanencia en el mercado de competidores potenciales o reales, y no el ejercer de manera regular su derecho de acción. (...)

Sobre el particular, a criterio de esta Comisión, si bien las acciones legales mencionadas precedentemente tuvieron como finalidad impedir que los prácticos que renunciaron a Pilot Station continúen realizando sus actividades de práctica en el TPC; ello en realidad tuvo como único propósito causar un perjuicio a las empresas administradoras de prácticos competidoras recortándoles la posibilidad de proveerse del insumo más importante para competir en el mercado, esto es, los prácticos marítimos objeto de las acciones legales. En consecuencia, **se puede colegir que la conducta predatoria sí afectaba a los competidores directos de la empresa denunciada**, en tanto significaba un retraso u obstaculización para su acceso al mercado, consolidando a su vez la posición de dominio de Pilot Station por medios distintos a la eficiencia económica⁽¹⁹⁾ (el énfasis es nuestro).

En la línea de los precedentes citados, Bullard y Falla han defendido la posibilidad de que se sancione estas prácticas como infracciones a la normativa de libre competencia, señalando que:

“Una de las formas más efectivas y perniciosas de crear o mantener una posición de dominio en el mercado, es a través de la utilización del propio Estado, es decir, mediante la manipulación de procesos a cargo de autoridades judiciales o administrativas. En efecto, un mecanismo eficaz para lograr la exclusión de los competidores del mercado o, simplemente, para retardar su ingreso, es la utilización indebida de los procedimientos administrativos, judiciales o regulatorios⁽²⁰⁾.”

Según los referidos autores, una empresa monopólica puede defender exitosamente dicha posición mediante la interposición de procesos judiciales y administrativos “ficticios”, causando

que el potencial entrante pierda valiosos recursos que normalmente destinaría a competir eficientemente. Ello se agrava si se toma en cuenta que “(e)l entrante tendrá flujos derivados de un margen competitivo, mientras que el monopolista invierte por flujos derivados de un margen monopólico (...)”⁽²¹⁾. En este sentido, los “bolsillos profundos” del incumbente, así como la perspectiva de mayores ingresos, le permitirían e incentivarán retrasar el ingreso de nuevos competidores al mercado.

Aunque los argumentos contenidos en los precedentes y la doctrina citada parezcan contundentes, desde nuestro punto de vista no resulta positiva la inclusión de este nuevo “tipo” en la LRCA, y en general no resulta eficiente desde el punto de vista social que la agencia de competencia persiga este tipo de conductas.

Si bien es cierto lo afirmado por Bullard y Falla, en el sentido de que la interposición de diversas y reiteradas denuncias contra un potencial entrante al mercado puede ser una estrategia eficaz para impedir o retrasar su ingreso al mercado, creemos que no resulta eficiente que el Derecho de la Libre Competencia persiga estas conductas cuando ya existen remedios generales contra ellas⁽²²⁾. Las propias normas que regulan los procedimientos judiciales y administrativos contienen reglas que, bien aplicadas, deberían ser suficientes para desincentivar la interposición irresponsable de demandas o denuncias judiciales o administrativas. Así, por ejemplo, el artículo 4 del Código Procesal Civil establece que el ejercicio irregular del derecho de acción puede conllevar el pago de daños y perjuicios por parte de aquel demandante que hubiere interpuesto demandas maliciosamente⁽²³⁾.

En este mismo sentido, el artículo 56 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento

Administrativo General, que regula los deberes generales del administrado, señala que los administrados tienen el deber de “abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias (...)”. Si bien, lamentablemente, la Ley del Procedimiento Administrativo General no regula una sanción ante el incumplimiento del citado deber, sí se derivan consecuencias de otro orden, tales como una eventual responsabilidad penal por la declaración de hechos falsos o la presentación de documentos no auténticos, la posibilidad de que la administración se oponga a sus actuaciones o la anulación de los actos administrativos que las hubieran amparado⁽²⁴⁾.

Por otro lado, creemos que no tiene sentido que el Derecho de la Libre Competencia persiga este tipo de prácticas cuando no tienen relación alguna con el poder de mercado. Por ello, coincidimos con Cáceres cuando señala que:

“La imputación de responsabilidad administrativa en un caso de abuso de posición de dominio requiere un nexo causal entre la posición de dominio y el daño que podría causar la conducta comercial. Solo así el infractor puede causar perjuicios que le permitan obtener beneficios supracompetitivos, que no habrían sido posibles de no tener dicha posición⁽²⁵⁾.”

En efecto, la LRCA –así como la norma que le precedía– exige que la conducta que se pretende categorizar como abuso de posición de dominio sea una que solo una empresa con posición de dominio hubiera podido realizar. El artículo 10.1 de la LRCA antes citado establece, en ese sentido, que la conducta debe ser una “que

(19) Resolución N° 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005.

(20) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y FALLA JARA, Alejandro. “El abogado del diablo”. En: *El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva*. En: *Ius et Veritas*. Año XV, N° 30. Julio de 2005, p. 42.

(21) *Ibidem*, p. 43.

(22) Epstein, por ejemplo, critica que se utilice el Derecho de la Libre Competencia para perseguir conductas para las que el “Derecho común” (en referencia a normas generales del *Common Law*, como aquellas que prohíben el uso de la fuerza o el fraude) ya prevé remedios específicos. Ver: EPSTEIN, Richard. “¿Dominio monopólico o competencia en igualdad de condiciones? La nueva paradoja de la libre competencia”. En: *Ius et Veritas*. Año XV, N° 30. Lima, julio de 2005, pp. 33-34.

(23) Código Procesal Civil, Artículo 4.- Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil.

Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

(24) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 7ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 278.

(25) CÁCERES FREYRE, Fernando. “El abuso de procedimientos administrativos y judiciales. ¿Cuánto poder necesita el diablo?” En: *Enfoque Derecho*. Año 7, N° 76. Septiembre de 2008, p. 6.

no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición". La LRCA y, en general, las normas de libre competencia han orientado siempre sus esfuerzos a combatir conductas netamente ligadas a las decisiones de producción de los agentes económicos: negativas de venta, discriminación, celebración de contratos de exclusividad, entre otros. ¿En qué se parece a este tipo de conductas la interposición abusiva de procedimientos administrativos o judiciales? En muy poco ciertamente.

No pretendemos negar, por cierto, que la interposición de procedimientos administrativos o judiciales (sobre todo si se realiza a gran escala y en diversos fueros) puede ser un arma efectiva para demorar el ingreso de una empresa al mercado o incluso expulsarla de este. Sin embargo, dichos recursos poco tienen que ver con el poder de mercado de la empresa que los utiliza. A lo mucho, la empresa que recurre a estos desleales mecanismos podrá contar con "bolsillos profundos" que le permitirán interponer más procesos de los que interpondría una empresa con un menor poder de mercado. Pero estos recursos también le podrían permitir sobornar funcionarios públicos, montar una campaña de difamación, o contratar sicarios para atacar a los ejecutivos de la competencia, conductas que claramente no serían materia de un caso de libre competencia.

VII. PARALELISMO: ¿NO MÁS "ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTA"?

El artículo 11.1 de la LRCA define a las prácticas colusorias como:

"(...) los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia (...)"

La definición citada resulta positiva por cuanto omite el término "actuaciones paralelas" contenido en el artículo 6 del derogado Decreto Legislativo N° 701:

"**Artículo 6.-** Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, **actuaciones paralelas** o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia" (el resaltado es nuestro).

Desde nuestro punto de vista, considerar las meras "actuaciones paralelas" de dos empresas como una práctica restrictiva de la libre competencia podría llevar a sancionar situaciones originadas, más que en la conducta de una o más empresas, en su propia estructura. Incluso en mercados competitivos, por ejemplo, en los que se tiende a la homogeneidad del producto, es posible que dos o más competidores tiendan a fijar precios paralelos o realicen similares ofertas. Por otro lado, en mercados con pocos actores suele presentarse un fenómeno que la teoría económica conoce como "colusión tácita" o "interdependencia oligopólica"⁽²⁶⁾. En este contexto, las empresas tienden, debido a la especial estructura del mercado, a actuar alineadamente con sus competidoras, pues son conscientes de que esa es la mejor "estrategia" posible.

Se ha definido la "interdependencia oligopólica" como aquella situación en la que:

"Los oligopolistas reconocen su interdependencia tan bien como sus propios intereses. Al alinear su conducta unos con otros estarán en la capacidad de establecer un precio maximizador de utilidad a niveles supracompetitivos, sin haberse comunicado en forma alguna. No hay necesidad de que haya un acuerdo colusorio: **la estructura del mercado es tal que, a través de la interdependencia y el mutuo conocimiento, los precios subirán hasta alcanzar un nivel monopolístico**"⁽²⁷⁾ (el resaltado es nuestro).

Ahora bien, incluso cuando en una situación de interdependencia oligopólica es probable que el resultado en términos de niveles de producción o precios no sea el más deseable, es posible apreciar también diversas industrias oligopólicas de empresas con estructuras de costos disímiles, bienes

diferenciados y con consumidores leales a sus marcas, factores que sin duda incentivan el actuar independientemente. Es probable, además, que las empresas oligopólicas enfrenten la competencia de otras empresas más pequeñas, que podrían ejercer sobre ellas cierta presión competitiva⁽²⁸⁾.

Debe tomarse en cuenta, por otro lado, que no resulta razonable sancionar conductas que tienen como motivación el adecuarse a las condiciones de mercado:

Así, por ejemplo, Whish ha señalado respecto del concepto del "abuso de posición de dominio conjunta", íntimamente relacionada a la teoría de la interdependencia oligopólica, que:

"La coordinación tácita surge en ciertas condiciones de mercado, no debido a un acuerdo o una práctica concertada entre las empresas colectivamente dominantes en el sentido legal de dichos términos, sino debido a que ellas reaccionan racionalmente a las condiciones del mercado en el que operan. Condenar su comportamiento paralelo como abusivo en sí mismo no tendría sentido: si el artículo 82 mandara a dichas empresas a portarse **irracionalmente** para cumplir con la ley, se trataría de una provisión muy extraña"⁽²⁹⁾ (resaltado en el original).

En el mismo sentido, Bork ha señalado que:

"(...) la teoría de la monopolización conjunta descansa a su vez sobre la teoría económica según la cual los oligopolistas inevitablemente se comportarán como una sola empresa dado que no pueden evitar tomar en cuenta las probables reacciones de cada una. **Un mandato judicial contra tal conducta no conseguiría nada, ya que según la propia teoría, las empresas no pueden comportarse de otra forma en una**

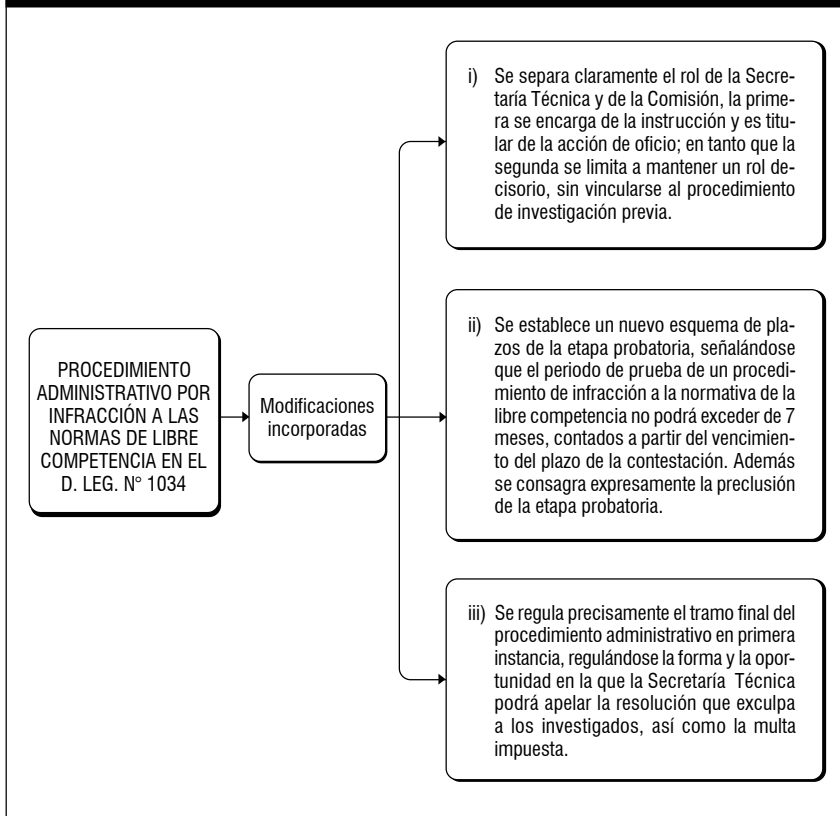
(26) NIELS, Gunnar. "Collective Dominance: more than just oligopolistic interdependence". En: *European Competition Law Review*. Vol. 22, N° 5, 2001, p. 168; ETTER, Boris. "The assessment of mergers in the EC under the concept of Collective Dominance. An analysis of the recent decisions and judgements –by an economic approach–". En: *Journal of World Competition*. Vol. 23, N° 3, 2000, p. 104; WHISH, Richard. *Competition Law*. Quinta edición. London, Lexis Nexis, 2003, p. 505 y ss.; POSNER, Richard. *Antitrust Law*. Segunda edición. The University of Chicago Press, Chicago, 2001, pp. 52 y 53.

(27) WHISH, Richard. Ob. cit., p. 507. (Traducción original del siguiente texto: "Oligopolists recognize their interdependence as well as their own self-interest. By matching each other's conduct they will be able to achieve and charge a profit-maximizing price which will be set at a supra-competitive level, without actually communicating with one another in any way at all. There does not need to be a collusive agreement: the structure of the market is such that, through interdependence and mutual self-awareness, prices will rise towards the monopolistic level").

(28) *Ibidem*, p. 510.

(29) *Ibidem*, p. 527. (Traducción original del siguiente texto: "Tacit coordination comes about in certain market conditions, not because of an agreement or concerted practice between the collectively dominant firms in the legal sense of those terms, but because they react rationally according to the conditions of the market on which they operate. To condemn their parallel behaviour as abusive in itself would be a nonsense: if Article 82 were to mandate that firms must behave irrationally in order to comply with the law, it would be an odd provision").

PRINCIPALES MODIFICACIONES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA



estructura de mercado como tal⁽³⁰⁾ (el énfasis es nuestro).

Como puede apreciarse, el concepto de “actuaciones paralelas” contenido en el derogado Decreto Legislativo N° 701 resultaba demasiado amplio y podría conllevar la imposición de sanciones irrazonables. Allí donde la agencia de competencia encuentre este tipo de estructuras, quizás lo más razonable sea atacarlas mediante la realización de abogacías de competencia, a fin de que el Estado, a través de las instancias correspondientes, promueva la competencia mediante la remoción de barreras legales o, de ser el caso, implemente mecanismos regulatorios adecuados.

En ese orden de ideas, creemos que el texto del artículo 11.1 de la LRCA impide, acertadamente, interpretar que las normas de libre competencia sancionan el mero paralelismo entre dos empresas competidoras.

VIII. EL TRATAMIENTO DE LOS ACUERDOS VERTICALES: SI FUNCIONABA, ¿PARA QUÉ ARREGLARLO?

Una de las novedades más importantes de la LRCA es que presenta un capítulo específico relativo a los acuerdos verticales, incluyéndolos dentro de

las denominadas “prácticas colusorias”, bajo la denominación de “prácticas colusorias verticales”.

La definición que se hace de las “prácticas colusorias verticales” se ajusta a la definición teórica generalmente aceptada: Se denomina acuerdos verticales a aquellos celebrados entre empresas independientes que operan en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución, desde el extractor de la materia prima hasta el pequeño *retailer* que ofrece el producto o servicio al consumidor final.

Asimismo, se precisa que para que se configure se requiere que por lo menos una de las empresas involucradas en el acuerdo cuente con posición de dominio en el mercado relevante.

Como regla general, los **acuerdos verticales son socialmente beneficiosos⁽³¹⁾**, pues generan eficiencias

derivadas de la disminución de costos de transacción y la generación de economías de escala. En efecto, la integración vertical de dos o más empresas: i) permite una reducción de costos de transacción ya que, al mantener a un único distribuidor en determinada zona geográfica, el productor evita numerosos tratos con un gran número de distribuidores, reducción que a su vez permite la provisión de bienes a menores precios; ii) permite que el distribuidor alcance economías de escala en la distribución del producto; iii) evita el comportamiento oportunista (*free riding*) de otros distribuidores, que sin invertir en *marketing* y publicidad pueden beneficiarse de la inversión realizada en dichos rubros por otros distribuidores; iv) facilita al productor el control sobre la calidad de sus productos; y, finalmente, v) incentiva la búsqueda de fuentes alternativas de aprovisionamiento, y por ende puede contribuir incluso a generar competencia en el mercado “aguas arriba”.

Ahora bien, en ciertos casos (en nuestro criterio, excepcionales), los acuerdos de exclusividad son capaces de generar restricciones en la producción y/o aumentos artificiales en el precio, con la pérdida de eficiencia social que esto representa. Para ello, se requiere no solo que una de las partes involucradas cuente con posición de dominio en el mercado, sino que además el acuerdo bajo escrutinio sea capaz de tener dos efectos: i) lograr que el monopolio se extienda de un mercado a otro (esto es, causar un efecto excluyente en algunos de los niveles del mercado); y ii) que como efecto de la creación de ese monopolio, se produzca un efecto negativo sobre los consumidores (es decir, una restricción de la producción o un aumento del precio)⁽³²⁾. Este último efecto, es cierto, es difícil de probar. No obstante, si queremos implementar una política de libre competencia coherente, allí donde la propia LRCA consagra la protección de los consumidores y no la protección a otros competidores como objetivo, este tipo de daños debe acreditarse. Además, el hecho de que por regla general los acuerdos verticales

(30) BORK, Robert H. *The antitrust paradox. A policy at war with itself*. Segunda edición. Free Press, New York, 1993, p. 174. (Traducción libre del siguiente texto: “This theory of joint monopolization (...) depends upon the economic theory that oligopolists inevitably behave as a single firm because they cannot help taking each other’s probable reactions into account. An injunction against such behaviour would accomplish nothing, the theory goes, because the firms cannot behave otherwise in such a structure”).

(31) Para mayor detalle sugerimos revisar: CARLTON, Dennis. *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal - Why Aspen and Kodak are Misguided*. NBER Working Paper N° 8105 (Febrero 2001). Disponible en: <http://papers.nber.org/papers/w8105> (visitada por última vez el 20 de febrero de 2009).

(32) Ver: JACOBSON, Jonathan. “Exclusive Dealing, ‘foreclosure’, and consumer harm”. En: *Antitrust Law Journal*. Vol. 70, 2002, p. 366.

sean procompetitivos justifica incurrir en los costos de probanza adicionales.

Siendo esto así, cabe cuestionar por qué no se mantuvo el tratamiento de los acuerdos verticales dentro de las prácticas de abuso de posición de dominio tal como se vino haciendo con el Decreto Legislativo N° 701. Aunque el texto de la antigua norma deja espacio para la ambigüedad —pues la amplitud de los tipos regulados en los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo N° 701 permite subsumir a los acuerdos verticales dentro de cualquiera de ellos—, diversas decisiones de la Comisión y de la Sala han precisado ya que **los casos de restricciones verticales deben ser tratados como casos de abuso de posición de dominio**.

Si lo que se pretende hacer con el texto propuesto es evitar confusiones a los administrados antes de plantear una denuncia, el numeral 12.2 del artículo 12 de la LRCA no debería remitir a la vez a los supuestos de los numerales 10.2 (casos de abuso de posición de dominio) y 11.1 (prácticas colusorias horizontales). Al utilizar ambos tipos de conductas como ejemplos de acuerdos verticales sancionables, los administrados no sabrán con total certeza dentro de qué tipo subsumir los hechos que pretendan denunciar.

Si, por otro lado, el objeto de diferenciar esta práctica del abuso de posición de dominio es permitir que se sancione a aquella empresa que, si bien no cuenta con posición de dominio, ha intervenido en el acuerdo vertical, bastaría con establecer en forma expresa dicha posibilidad en el Capítulo II - Del abuso de la posición de dominio. Ahora bien, no nos queda claro que eso sea deseable, puesto que el derecho de la libre competencia (quizás, en una expresión más de su paradójica naturaleza) otorga un tratamiento totalmente distinto a prácticas que son exactamente iguales solo en virtud del grado de poder de mercado de las empresas involucradas. Si tenemos en cuenta que incluso una empresa que cuenta con posición de dominio puede no ser consciente de ello, es aún más difícil para las empresas que contratan con ella tener conocimiento de tal circunstancia. Esa dificultad podría determinar que sancionar la celebración de un acuerdo vertical a la empresa que no cuenta con posición de dominio cause que se incremente el costo o incluso se impida la celebración de acuerdos verticales que, como sabemos,

normalmente son socialmente beneficiosos.

IX. LA NUEVA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y DE LAS COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN

Este es, quizás, uno de los aspectos más positivos de la nueva norma y, definitivamente, se trata de uno de los aspectos en los cuales la normativa de libre competencia necesitaba algunos cambios y una regulación más completa.

En efecto, el Decreto Legislativo N° 701 contenía solo algunas cuantas disposiciones procesales que establecían las formas de inicio del procedimiento, de oficio o a pedido de parte (artículo 15); el plazo para la contestación de la denuncia y la duración del término probatorio (artículo 16); la emisión de opinión por parte de la secretaría técnica y el pronunciamiento final de la Comisión (artículo 17); y el procedimiento de apelación en segunda instancia administrativo (artículo 18). Quedaban en ese contexto, algunas dudas por resolver, como cuál era el rol de los denunciados de parte en el procedimiento, la necesidad de notificar a las partes el informe técnico que la secretaría emite sobre cada caso o el plazo con el que contaba la secretaría técnica, las facultades instructivas de este último órgano, entre otras. Los plazos establecidos para la contestación y la etapa probatoria resultaban, asimismo, poco realistas (15 y 30 días hábiles, respectivamente). Estos “vacíos”, cabe mencionar, en muchos casos eran superados mediante la aplicación supletoria de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que, en términos generales los procedimientos eran tramitados satisfactoriamente. No obstante ello, se presentaron algunos casos problemáticos que, por ejemplo, causaron la anulación de algunos procedimientos en segunda instancia⁽³³⁾.

Temas como los descritos han sido claramente precisados en la **LRCA, que regula el procedimiento sancionador por infracción a la normativa de libre competencia de una manera mucho más completa**. Un primer aspecto que

resulta positivo de la nueva regulación procedimental incluida en la LRCA consiste en que, siguiendo el esquema del procedimiento administrativo sancionador de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se separa claramente el rol de la secretaría técnica y la Comisión, siendo la primera encargada de la instrucción del procedimiento y la titular de la acción de oficio, mientras que la Comisión se limitará a mantener un rol decisorio, sin estar vinculada al procedimiento de investigación previa. En el esquema anterior, según el cual la Comisión también era encargada de iniciar los procedimientos de oficio, podían presentarse incentivos para que los comisionados tiendan a favorecer las causas cuyo inicio promovieron. Ahora bien, hubiera sido mejor que dentro de este mismo esquema, y ya desde el punto de vista institucional, se separe aún más la relación entre secretaría Técnica y Comisión mediante el nombramiento de un comisionado a tiempo completo, y su correspondiente equipo técnico, pues actualmente la secretaría sigue siendo un órgano de apoyo administrativo de la Comisión⁽³⁴⁾.

En segundo lugar, nos parece también positivo el nuevo esquema de plazos de la etapa probatoria establecido en la LRCA. El Decreto Legislativo N° 701 establecía un periodo poco realista y que, por lo demás, probablemente nunca fue cumplido, de treinta (30) días hábiles para el desarrollo de la etapa probatoria. El artículo 27 de la LRCA establece que el periodo de prueba de un procedimiento de infracción a la normativa de libre competencia no podrá exceder de siete (7) meses contados a partir del vencimiento del plazo de la contestación. Este último plazo resulta más adecuado para casos en los que se manejan abundantes cantidades de información que además suele ser altamente técnica y de difícil recopilación y análisis. Merece destacarse, además, que dentro de este nuevo marco temporal, la LRCA consagra expresamente la preclusión de la etapa probatoria, al señalar en su artículo 30.5 que “(a) finalizar el periodo de prueba, la secretaría técnica informará a las partes que la etapa

(33) Así, por ejemplo, la Resolución N° 224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003 anuló la Resolución N° 025-2002-INDECOPI/CLC, expedida en primera instancia el 11 de diciembre de 2002, debido a que el informe técnico emitido por la secretaría técnica no fue notificado a las partes antes de que la Comisión se pronuncie sobre el caso.

(34) Literal i) del artículo 15.2 de la LRCA.

probatoria a su cargo terminó, por lo que ya no admitirá la presentación de medios probatorios adicionales”.

Asimismo, puede mencionarse la regulación más precisa que la LRCA contiene respecto del tramo final del procedimiento en primera instancia. Así, el artículo 33.1 de la LRCA detalla el contenido esencial del informe técnico, que deberá incluir, por lo menos, el detalle de los hechos probados en el procedimiento, la determinación de la infracción administrativa y la identificación de los responsables, así como la propuesta de graduación de la sanción correspondiente y, de ser el caso, su propuesta de imposición de medidas correctivas. En cuanto a la notificación del informe técnico, el artículo 33.3 establece que dicho documento será notificado a las partes del procedimiento, quienes contarán con un plazo de quince (15) días hábiles para formular alegaciones y presentar escritos solicitando el uso de la palabra ante la Comisión. Seguidamente, el artículo 33.4 establece que, vencido el plazo para formular alegaciones, la secretaria técnica dispondrá de un plazo de cinco (5) días hábiles para poner en conocimiento de la Comisión lo actuado en el procedimiento, su informe técnico, las alegaciones de las partes respecto del informe técnico y, de ser el caso, las solicitudes de uso de la palabra que se hubieran presentado.

Finalmente, y también dentro del esquema acusatorio regulado en la LRCA, es de resaltar que el artículo 37.1 de dicha ley establece que la secretaria técnica podrá apelar la resolución que exculpa a los investigados, así como la multa impuesta.

Por otro lado, en lo que respecta a las competencias de la Comisión y la Sala, **la LRCA regula de una manera más completa la facultad de dictar medidas correctivas.** Desde nuestro punto de vista, dicha facultad resulta central para que una agencia de competencia pueda cumplir eficazmente su objetivo de proteger el sistema competitivo, especialmente si se adopta, desde nuestro punto de vista, correctamente, un enfoque reparador del derecho de la libre competencia antes que uno meramente punitivo.

Si bien el numeral b) del artículo 19 del Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización de Funciones del Indecopi,

otorgaba a todas las comisiones de dicha agencia la facultad de dictar medidas correctivas, existían dudas sobre el alcance de dicha facultad. ¿Qué implicaba el poder dictar medidas correctivas? ¿Se podían obligar a contratar? ¿Se podía anular contratos u otros actos jurídicos? En ese sentido, el hecho de que el marco normativo previo a la dación de la LRCA no consagrara expresamente la facultad de la Comisión y la Sala para dictar medidas correctivas dificultaba notablemente a ambos órganos la realización de sus funciones.

Así, por ejemplo, luego de la emisión de la Resolución N° 0256-2005/TDC-INDECOPI, de fecha 4 de marzo de 2005, en la que la Sala ordenó la cesación de determinados actos considerados como un abuso de posición de dominio y, en ese sentido, “dejó sin efecto” los términos de determinados contratos de distribución, algunas de las partes afectadas por la medida recurrieron a una acción de amparo al considerar que la decisión de la Sala violaba su libertad de contratación.

No obstante, el Tribunal Constitucional interpretó –acertadamente, desde nuestro punto de vista– que el Indecopi sí estaba facultado para dictar medidas correctivas en la medida de que tal facultad resultaba necesaria para cumplir la función que la Constitución y las leyes le asignaban⁽³⁵⁾:

“22. Ahora bien, ¿es posible afirmar que 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 atentan contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios? Desde luego que no. Admitir que 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 61 de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65 de la Constitución).

23. Tal capacidad es justamente lo que los demandantes pretenden negarle a 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”.

En ese orden de ideas, el artículo 46.1 de la LRCA establece que “(a)demás de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo”, luego de lo cual se establecen, a manera de ejemplo, algunas modalidades de medidas correctivas tales como ordenar el cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones, obligar a proveer determinados bienes y/o servicios, o incluso la ineficacia de aquellas provisiones contractuales que pudieran tener algún efecto anticompetitivo. Resulta importante, respecto de este último punto, que el literal c) haga referencia a la “inoponibilidad” pues así se reserva cualquier eventual declaración de nulidad al Poder Judicial, tratándose de un tema que escapa al *expertise* y a los objetivos de una agencia de competencia. El artículo 46.2 de la LRCA precisa que la Sala también cuenta con la facultad antes descrita.

X. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como hemos mencionado en la introducción del presente artículo, la promulgación de la LRCA es en términos generales positiva, principalmente por su espíritu poco intervencionista. No obstante ello, y como puede desprenderse de las líneas precedentes, quedan algunos aspectos por corregir o afinar. En general, somos de la opinión de que debe buscarse lograr una mayor coherencia entre los objetivos de la LRCA –respecto de los cuales parece haber un consenso generalizado– y las herramientas concretas o reglas que sirven a dichos objetivos. Y esto es materia no solo de eventuales correcciones al texto de la Ley sino también de los futuros pronunciamientos de la Comisión y la Sala.

(35) Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre de 2006, emitida en el Expediente N° 1963-2006-PA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01963-2006-AA.html> (visitada por última vez el 20 de febrero de 2009).