

Competencia y regulación Competition and utility regulation

HEBERT EDUARDO TASSANO VELAOCHAGA*

Resumen: Con la entrada en vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993, se estableció el modelo económico de economía social de mercado. Como parte del mismo, se realizaron una serie de reformas institucionales del Estado, creándose cuatro organismos reguladores de los servicios públicos y una agencia de competencia. El modelo económico de economía social de mercado garantiza la libre competencia en el mercado como regla general, estableciendo un marco regulatorio para los servicios públicos que, antes de la reforma, eran gestionados directamente por el Estado. Así, en el presente trabajo podremos conocer cómo se ha establecido el marco institucional peruano y cuáles son las principales similitudes y diferencias de la competencia y la regulación, para lo que detallaremos las funciones de la agencia de competencia y la de los organismos reguladores, así como la interacción que existe entre ambos.

Palabras clave: competencia – regulación – servicios públicos – economía social de mercado – libre competencia – agencia de competencia – organismos reguladores

Abstract: With the entry into force of the Constitution of Peru of 1993, the economic model of social market economy, which was accompanied by an institutional reform, creating four (4) regulators of utilities and one (1) competition agency, was established. The economic model of social market economy, guarantees free competition in the market as a general rule, establishing a regulatory framework for public services that before the reform, were managed directly by the State. Thus, in this paper we will learn how to set up the Peruvian institutional framework and what are the main similarities and differences between competition and regulation, for which we will detail the functions of the competition agency and regulatory bodies as well as interaction between the two.

Key words: competition – regulation – public services – social market economy – free competition – competition agency – regulators

* Presidente del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Master en Regulación de Servicios Públicos (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, UPC, y el IEDE Business School, Universidad Europea de Madrid). Posgrados en Regulación del Sector Eléctrico (Universidad Pontificia Comillas de Madrid), Derecho de la Energía (UPC), Regulación de Servicios Públicos (PUCP), Instituciones Jurídicas del Mercado (UPC) y Gobernabilidad y Gobierno Local (Centro de Educación a Distancia para el Desarrollo Económico y Tecnológico, CEDDET-España), Programa de Especialización para Ejecutivos (PEE) en Organización y Administración (ESAN), 35th International Training Program on Utility Regulation & Strategy (Universidad de Florida). Profesor en las siguientes universidades: PUCP, ESAN, Universidad del Pacífico y Universidad San Martín de Porres. Correo electrónico: htassano@yahoo.com

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ESTABLECIMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO REGLA GENERAL. DIFERENCIAS Y COINCIDENCIAS ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN.- III. REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN PERÚ.- IV. AGENCIA DE COMPETENCIA INDECOPI.- V. INTERACCIÓN ENTRE LA AGENCIA DE COMPETENCIA INDECOPI Y LOS ORGANISMOS REGULADORES.- V.1. INTERACCIÓN INDECOPI-OSIPTEL.- V.2. INTERACCIÓN INDECOPI-OSITRAN.- V.3. INTERACCIÓN INDECOPI-OSINERGMIN.- VI. REFLEXIONES FINALES.- VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú de 1993 estableció el modelo de economía social de mercado y determinó las reglas, los principios rectores y los derechos fundamentales económicos que permiten su funcionamiento. Este sistema económico garantiza la libre iniciativa privada, pero a la vez establece que se debe contar con un marco regulatorio sólido y un sistema eficiente de promoción y defensa de la libre competencia y de la defensa del consumidor.

Si bien en la Constitución se garantiza la libertad de empresa, los agentes económicos deben realizar sus operaciones cumpliendo con el marco regulatorio establecido y con las normas de defensa de la competencia, lo cual garantizará que el mercado funcione con eficiencia y que los consumidores se vean beneficiados. Ello, teniendo en cuenta que un mercado dinámico donde no existan barreras de acceso ni permanencia y donde los agentes económicos actúen bajo los parámetros de la libre y leal competencia, traerá como consecuencia que existan más opciones para los consumidores y que se invierta en ofrecer productos y servicios de calidad a mejores precios, brindando un trato justo y equitativo.

Así, a partir del nuevo marco constitucional, se empezó a aplicar una política de liberalización de la economía que implicó un cambio en el modelo económico estatal. Por consiguiente, en virtud del nuevo rol subsidiario del Estado, ello supuso que este pudiera intervenir como ente regulador en el mercado, abocándose preferentemente a garantizar que los agentes que se desenvuelvan dentro de él no excedan el límite de lo permitido por la norma constitucional y por las normas sectoriales aplicables, y que, además, realicen su actividad a la par de un régimen de libre competencia.

En ese sentido, para que nuestro sistema económico de economía social de mercado sea posible, el Estado peruano ha creado, dentro de su estructura, organismos constitucionalmente autónomos y especializados, como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), que es la agencia de competencia, y cuatro organismos reguladores de servicios públicos, los cuales gozan

de autonomía presupuestaria, financiera, económica, técnica, funcional y política.

Al respecto, este artículo busca conectar, explicar y desarrollar la vinculación entre los conceptos de competencia (como resultado de un proceso de liberalización) y de regulación (producto de la actividad reguladora estatal) desde un punto de vista contemporáneo y ágil, analizándolos además de manera clara y concisa, describiendo su marco institucional y ahondando en el rol de la agencia de competencia y de los organismos reguladores, para que de esta manera el lector pueda tener conocimiento de sus principales funciones, diferencias y puntos de interacción.

II. ESTABLECIMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO REGLA GENERAL. DIFERENCIAS Y COINCIDENCIAS ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN

La liberalización del Estado denota la supresión de los obstáculos que impiden que pueda considerarse que la actividad económica sea libre —como, por ejemplo, los monopolios—, así como la liberalización de aquellas actividades publicadas —actividades que pueden ser gestionadas solo por el Estado o por los privados a través de concesiones— (De La Quadra-Salcedo, 2000, p. 31). En tal sentido, el contenido central y medular de la liberalización implica devolver a los privados la libre iniciativa económica, lo que, antes, en virtud de actos del Estado, estaba reservado a la titularidad y gestión estatal (De La Quadra-Salcedo, 2000, p. 31).

Teniendo en cuenta que con la liberalización el Estado decide abrir el mercado a la libre iniciativa privada, se deberá establecer como regla general el libre funcionamiento del mercado y, por tanto, garantizar que las actividades liberalizadas se presten en libre competencia, en contraposición a la intervención directa del Estado en la economía.

Al respecto, el artículo 61 de la Constitución Política del Perú de 1993 estipula lo siguiente: «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».

Ahora bien, este planteamiento de que la regla general es la libre competencia no desconoce que el Estado puede intervenir como regulador, puesto que, si bien es cierto que el mercado tiene sus propias reglas y, sobre la base de ellas, se satisfacen las necesidades de los ciudadanos, también es cierto que muchas veces los privados pueden advertir circunstancias especiales (por ejemplo, en el caso de los servicios

públicos, escenarios de monopolio legal o natural) que les permitan aprovecharse de los usuarios o consumidores ante la ausencia del Estado. En ese sentido, es claro que la regla general será que los agentes del mercado actúen en el marco constitucional establecido de libre competencia; sin embargo, existirán supuestos en los cuales el Estado deberá intervenir mediante la regulación para corregir determinadas fallas de mercado, como veremos más adelante. Esta regulación se realizará en una etapa de actuación de los agentes *ex ante*, sin perjuicio de la actuación del Estado *ex post* cuando determine que una cierta conducta es anticompetitiva.

En efecto, las normas de defensa de la competencia y la regulación son formas de intervención de los poderes públicos en los mercados. Ambas persiguen el interés general, pero tienen contornos distintos y específicos. Por un lado, el derecho de la competencia no es otra forma de regulación, sino una alternativa que procura conseguir las condiciones para crear o mantener los elementos de un mercado competitivo, más que repetir los resultados de la competencia o corregir sus defectos o fallos (Cases, 2009, pp. 425-426). Así, en el momento en que los poderes públicos estiman que la regulación económica no es necesaria, utilizan otro tipo de intervención en el mercado para el control de las conductas de los operadores económicos, como es la defensa de la competencia (Cases, 2009, p. 435).

Dicho ello, queda claro que, tal como lo hemos señalado anteriormente, el hecho de que el Estado haya aplicado una política de liberalización y, como consecuencia de ello, estén establecidos como regla general la libre competencia e, incluso, el rol subsidiario del Estado no implica que este no pueda intervenir en el mercado. Sin embargo, esta intervención se realizará de manera excepcional en determinados casos, para lo cual está habilitado a intervenir como regulador (*ex ante*) y a establecer reglas para la defensa de la libre competencia (*ex post*). Así, podemos afirmar que se trata de un nuevo modelo de «regulación para la competencia, pues dadas las tendencias colusivas de muchos sectores, la privatización y la teórica liberalización podía dar lugar a un monopolio privado, tan ineficiente como el monopólico servicio público de titularidad estatal» (Ariño & López de Castro, 1999, p. 615).

En ese sentido, cuando existan justificaciones para que el Estado intervenga en el mercado (por ejemplo, en el caso de algunas industrias de red que son calificadas como servicios públicos, donde se presentan fallas de mercado), deberá decidir si corresponde crear un organismo regulador que se encargue de la regulación *ex ante* (Bullard, 2003, p. 633) necesaria y delimitar sus funciones respecto de las actividades que considere pertinente intervenir. O deberá decidirse si resulta pertinente crear una agencia de competencia que se encargue de la regulación *ex*

post (Bullard, 2003, p. 633), delimitando sus funciones y competencias, más aun para el caso de los servicios públicos.

109

III. REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN PERÚ

COMPETENCIA Y
REGULACIÓNCOMPETITION
AND UTILITY
REGULATION

Los servicios públicos se conciben como una técnica legal de regulación sobre actividades de contenido económico, destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los ciudadanos, cuya titularidad ostenta el Estado a través de la *publicatio*¹ y cuya gestión la puede realizar el propio Estado o los particulares, a través de una concesión².

Ahora bien, en la medida en que se tratan de actividades que resultan esenciales para los ciudadanos, su gestión, ya sea por parte del Estado o por parte de los particulares, se encuentra sometida a un régimen jurídico especial, donde se establecen una serie de derechos y obligaciones para todas las partes que intervienen (concesionarios, concedente, usuarios, organismos reguladores). Así, por ejemplo, a diferencia de otro tipo de actividades, la gestión de las actividades consideradas servicios públicos está sometida a determinados principios jurídicos, tales como la igualdad, la mutabilidad, la continuidad y la universalidad. Por este motivo, existe un control estricto por parte del Estado a través de las autoridades administrativas competentes, dentro de lo que hemos denominado rol regulador del Estado.

Ello se encuentra de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, que establece que el Estado: «[...] orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura». El mencionado artículo confirma la importancia que tienen los servicios públicos para la población y el progreso social de la nación, de manera que no pueden quedar expuestos a los riesgos del mercado, debiendo el Estado intervenir de manera oportuna y objetiva (véase Tribunal Constitucional, 2005, apartado 35).

Dentro de este contexto, el Estado ha creado a los organismos reguladores de servicios públicos, los cuales tienen el encargo de intervenir (de manera *ex ante* o previa) en el mercado, para cumplir «la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando

1 Debemos entender la *publicatio* como el acto de declaración de una actividad como servicio público, reservándola a favor del Estado, mediante una ley (ya que se trata de una limitación de la libertad de empresa).

2 Respecto a este punto, se debe precisar que este esquema conceptual no necesariamente es aplicado en los países que han liberalizado los servicios públicos, habiendo adoptado dentro de sus marcos jurídicos el concepto funcional de servicio público (en la Unión Europea bajo la denominación de Servicios de Interés Económico General), lo cual ha conllevado a dejar de utilizar como título habilitante la concesión.

al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión» (véase Tribunal Constitucional, 2003, apartado 41).

En este punto, resulta conveniente apreciar que cuando hablamos de «regulación» hacemos referencia a la «regulación económica», la cual afecta a los sectores intervenidos, calificados como servicios públicos, se centra en la entrada y salida de la actividad (por medio de contratos de concesión) y afecta las condiciones económicas. De esta forma, es el Estado quien, a través de su prerrogativa de poder de control, puede establecer el «quantum» de producción, el ámbito físico o zonas de actuación y las tarifas (precios públicos) que se deben cobrar (Ariño & López de Castro, 1999, p. 615). En este caso, resulta importante tener en cuenta que «el objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella» (Ariño & López de Castro, 1999, p. 617). Es por ello que cobra sentido el que la regulación económica se aplique en el caso de los servicios públicos y no en otras actividades. Sobre la base de este mandato constitucional es que el Estado ha creado los organismos reguladores.

La regulación se da en industrias que tienen determinadas características, no solo desde un aspecto legal (por ejemplo, ser consideradas actividades esenciales o importantes para el interés público), sino desde el punto de vista técnico y económico. En efecto, la organización económica en las industrias que proveen los servicios públicos es uno de los aspectos más complejos de la actividad económica. Estas industrias se caracterizan por la existencia de importantes costos hundidos³, economías de escala⁴ y de ámbito⁵, y el consumo masivo de los servicios⁶ (Levy & Spiller, 1994). A esto hay que agregar que la maduración de las inversiones y los períodos de depreciación de los activos en estas industrias son elevados —por encima de los quince años para el caso de las telecomunicaciones, veinte años para el sector eléctrico, treinta años para los servicios de agua y desagüe y aun plazos mayores para el caso de la infraestructura de transporte— y que requieren de largos períodos de recuperación de

3 La elaboración de infraestructura para la provisión de agua potable, electricidad y telefonía requiere del hundimiento de costos en la construcción de redes, esto es, costos que no son recuperables si se decide salir de la industria.

4 Normalmente, una red que provee de uno de los servicios mencionados a un grupo dado de usuarios es menos costosa que dos o más redes para el mismo grupo de usuarios. Por lo tanto, en dichas industrias el número de empresas es muy reducido.

5 Proveer dos servicios relacionados, como el agua potable y el alcantarillado, es menos costoso en una empresa que produzca ambos servicios que en dos empresas especializadas en cada uno de dichos servicios.

6 A diferencia de otros bienes y servicios provistos en una economía, el consumo de los servicios de agua potable, electricidad o telefonía es masivo. Es decir, un número muy grande de personas es abastecido por las empresas (aun en el caso de los servicios de telecomunicaciones, que presenta el menor ratio de penetración entre los servicios mencionados, el número de usuarios está en el orden de los dos millones).

111

COMPETENCIA Y
REGULACIÓNCOMPETITION
AND UTILITY
REGULATION

la inversión, lo que implica horizontes de largo plazo al momento de tomar decisiones tarifarias y de crecimiento de la demanda. Por lo tanto, se debe tener en cuenta que, además de reglas claras y estabilidad, se necesita de mecanismos adecuados y confiables para que los organismos reguladores cumplan sus funciones de supervisión y fiscalización, así como para resolver los posibles conflictos que surjan durante la larga ejecución de las concesiones y los reclamos que presenten los usuarios.

Teniendo en consideración las características de estas industrias, no es posible incorporar en el contrato regulatorio todos los *shocks* de costos y de demanda que a lo largo de la ejecución del contrato se presenten. Por ello, el diseño institucional y organizacional de los organismos reguladores debe resolver de forma óptima, en términos de mayor bienestar social, los intereses en conflicto de los actores de la actividad regulatoria: Estado, empresa regulada y organismo regulador. Esto se traduce en seguridad jurídica, para todos los agentes que participan en un sector determinado.

Por consiguiente, en el caso del Perú, el Estado ha publicado (es decir, las ha calificado como servicios públicos) aquellas actividades que cumplen con las características de las industrias reguladas, tales como las vinculadas a las telecomunicaciones, la electricidad, el gas natural, el agua potable y la infraestructura de transporte público. Para estos casos, el Estado peruano ha creado organismos reguladores encargados de realizar regulación *ex ante*, a propósito de los procesos de liberalización de los servicios públicos, los cuales, en algunos casos, estuvieron acompañados por privatizaciones de empresas estatales monopólicas (por ejemplo, en las áreas de telecomunicaciones y electricidad).

La finalidad de la creación de los organismos reguladores fue garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos o de actividades que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivo y que requieren para su desarrollo la utilización de redes de infraestructura. Asimismo, se crearon para ejercer acción sobre el mercado mediante una intervención «arbitral», buscando el equilibrio entre los intereses de los usuarios, de los prestadores del servicio y del mismo Estado. Por ello, la regulación debe ser utilizada como un instrumento al servicio del mercado y no como un sustituto del mismo.

Los organismos reguladores se crean, además, para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión. En esa línea, su éxito dependerá del entendimiento de las relaciones entre la estructura del mercado, el diseño de las reglas y los requerimientos institucionales. Como veremos a continuación, la aparición de reguladores en el Perú determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad

de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura.

En nuestro ordenamiento jurídico, la ley 29158 (Congreso de la República del Perú, 2007) contempla como parte de las entidades públicas del Poder Ejecutivo a los organismos reguladores, señalando que son organismos públicos especializados con independencia para ejercer sus funciones y con arreglo a su ley de creación. Dichos organismos se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados. La ley 27332 (Congreso de la República del Perú, 2000a) reconoce como este tipo de organismos los siguientes: i) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), ii) Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)⁷, iii) Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), y iv) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) (véase Magide Herrero, 2000, pp. 51ss.)⁸.

De conformidad con la referida norma, los organismos reguladores ejercen las siguientes funciones: i) supervisora, ii) reguladora, iii) normativa, iv) fiscalizadora y sancionadora, v) de solución de controversias, y vi) de solución de reclamos de usuarios (Congreso de la República del Perú, 2000a, artículo 3).

Hasta el momento, habíamos mencionado que el marco institucional peruano había reservado para los organismos reguladores de servicios públicos el control *ex ante* y para la agencia de competencia INDECOPI el control *ex post*. Sin embargo, existe una excepción a la regla, ya que, en el sector de las telecomunicaciones, se le encomendó por ley al OSIPTEL actuar como agencia de competencia y hacerse cargo de los temas relacionados con la libre y leal competencia. En efecto, en las normas que establecen sus competencias, se señala que este organismo regulador está encargado no solo de cumplir con las funciones específicas de un regulador que ya hemos señalado, sino también de promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Este dato es destacable porque se trata del único organismo regulador con tales funciones, a diferencia de los otros sectores, en los que es la agencia de competencia INDECOPI quien interviene *ex post* si se trata de casos relacionados con la libre y leal competencia.

7 Inicialmente, se creó el OSINERG para la supervisión y fiscalización del sector de energía.

8 Cabe anotar que, en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido de forma expresa que los organismos reguladores forman parte de la Administración Pública. Este aspecto no está libre de controversias en algunos países (Francia e Italia) porque, según los críticos, podría suponer la creación de un cuarto poder a efectos de su control.

IV. AGENCIA DE COMPETENCIA INDECOPI

Dentro del marco de liberalización descrito en el punto anterior, se puede afirmar, en el caso peruano, que los procesos de liberalización se iniciaron en la década de los noventa del siglo pasado a raíz del proceso de reforma del Estado, a partir de la Constitución Política de 1993. Siguiendo el modelo de otros países, en nuestro país se creó un organismo, o agencia de competencia, encargado de velar por la libre competencia instaurada a partir de la política de liberalización. La consigna fue que esta entidad se encargara de velar (*ex post*) por la defensa de la libre y leal competencia de todos los mercados de manera transversal. Este proceso competitivo, y su defensa en el Perú, se encuentran vinculados con la libre competencia, la represión de la competencia desleal, la protección al consumidor, el acceso al mercado, las medidas contra el *dumping* y los subsidios, y la salida del mercado o sistema concursal (INDECOPI, 2005, p. 31).

Resulta importante advertir que el INDECOPI es una institución particular en el mundo, pues tiene concentradas competencias que, por lo general, en los modelos de otros países, se encuentran bajo el ámbito de varias instituciones. Aunque ello nos llame la atención, debemos adelantar que el modelo presenta ventajas que no se dan en otros casos. Además de ello, se debe tener en cuenta que su singularidad también radica, con respecto a las opciones conocidas de la organización estatal en el mundo, en que «la protección de cada una de las áreas que hemos mencionado guarda relación con las funciones específicas asignadas a cada una de las comisiones que integran el área de Defensa de la Competencia del INDECOPI y que, finalmente, queda centralizada en última y definitiva instancia de pronunciamiento administrativo en el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual» (INDECOPI, 2005, p. 31). Dicho Tribunal se encuentra compuesto por cuatro Salas: Sala Especializada en Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Defensa de la Competencia, Sala Especializada en Protección al Consumidor y Sala Especializada en Procedimientos Concursales.

El INDECOPI fue creado en noviembre de 1992, en un escenario de reforma del Estado, mediante decreto ley 25868 (Presidencia de la República, 1992), originalmente para proteger el mercado de las prácticas monopólicas, así como de las prácticas que generan competencia desleal y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores; a su vez, se le asignó como tarea proteger los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones y la calidad de los productos. Desde esa fecha, el INDECOPI ha ido cambiando y creciendo paralelamente al crecimiento de la economía y mercados del país. Actualmente, de acuerdo al decreto legislativo 1033 (Presidencia de la República, 2008a), el INDECOPI es un organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con

personería jurídica de derecho público interno y que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Tiene como principales funciones las siguientes: i) defender la libre y leal competencia, ii) corregir las distorsiones en el mercado, iii) proteger los derechos de los consumidores, iv) vigilar el proceso de facilitación del comercio exterior, v) proteger el crédito mediante la conducción de un sistema concursal, y vi) administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual.

De lo señalado, se puede advertir que todas las funciones que cumple el INDECOPI se encuentran vinculadas a tres ejes temáticos principales: i) defensa de la competencia, ii) propiedad intelectual, y iii) protección del consumidor. A partir de ello, se puede confirmar lo que habíamos adelantado sobre el diseño del modelo institucional, a saber, que el Perú ha optado por un modelo con competencias concentradas en un organismo.

De lo señalado, se debe tener en cuenta que el INDECOPI es una agencia de competencia y, por tanto, en ningún caso puede asumir tareas de regulación *ex ante*, puesto que podría afectar los procesos competitivos que se le ha encargado defender (Bullard, 2003, p. 636). Así, su actuación es en definitiva *ex post* cuando detecta alguna práctica presuntamente anticompetitiva en el mercado.

Como venimos mencionando, el INDECOPI tiene como una de sus funciones el impulsar y difundir la libre competencia, así como promover la participación adecuada de los agentes económicos en el mercado. A través de su actuación y la emisión de resoluciones por parte de los entes correspondientes, busca fomentar la competencia justa, leal y honesta entre los proveedores de bienes y servicios de modo tal que se genere un contexto equilibrado para el desenvolvimiento de la oferta y la demanda. Dada la estricta relación que existe entre la agencia de competencia INDECOPI y los organismos reguladores, en el sentido de que ambos buscan que los agentes del mercado actúen en el marco de la libre y leal competencia —aunque en etapas distintas—, conoceremos a continuación cómo interactúan estos organismos en el cumplimiento de sus funciones.

V. INTERACCIÓN ENTRE LA AGENCIA DE COMPETENCIA INDECOPI Y LOS ORGANISMOS REGULADORES

Como hemos venido mencionando, los organismos reguladores de servicios públicos (OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS y OSITRAN) tienen el encargo de intervenir de manera *ex ante* o previa en el mercado para suministrar el marco regulador necesario, a fin de promover nuevas

inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios del servicio público. A su vez, el INDECOPI tiene el encargo de velar *ex post* por la defensa de la libre y leal competencia de todos los mercados de manera transversal. Como se ha mencionado, el OSIPTEL constituye una excepción, ya que por mandato de la ley se hace cargo de los temas relacionados con la defensa de la libre y leal competencia en el sector de las telecomunicaciones.

En el plano internacional, cabe anotar que, de un tiempo a esta parte, se viene asistiendo a un proceso de transformación de las principales instituciones que conforman la dinámica administrativa, lo cual ha sido posible en gran medida gracias a la extraordinaria versatilidad instrumental que caracteriza a las instituciones del derecho administrativo, cuya velocidad de mutación corre pareja con el crecimiento de las necesidades sociales y de las innovaciones tecnológicas. (Cassagne & Ariño Ortiz, 2005, p. 51). Así, se ha visto que en países como Brasil y México se han realizado reformas destinadas a fortalecer la labor de sus agencias de competencia, optando por un modelo de competencias separadas entre los organismos reguladores de servicios públicos y las referidas agencias de competencia. No obstante, también se han realizado reformas contrarias a esta visión, como es el caso de España, donde más bien se ha optado, en el año 2013, por agrupar en una sola entidad —la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)— a la agencia de competencia y a los organismos reguladores, por razones de índole presupuestal y por la búsqueda de una mayor sinergia y coordinación entre dichas entidades. Cabe señalar que, a la fecha, aún no se han hecho evidentes los resultados de la reforma española.

Regresando al caso Peruano, cabe indicar que, no obstante que la agencia de competencia INDECOPI y los cuatro organismos reguladores de servicios públicos fueron creados para regular el mercado en etapas diferentes, existen áreas en las que el INDECOPI interactúa con los organismos reguladores, lo cual desarrollaremos a continuación.

En cuanto a la determinación de competencia, la casuística nos ha demostrado que surge un problema cuando los agentes económicos incurren en prácticas anticompetitivas, al ejercer actividades económicas calificadas como servicios públicos y, por tanto, encontrarse sujetas a control por parte de los organismos reguladores. Es en este punto que surge el interrogante de cuándo la agencia de competencia debe o puede intervenir y sancionar las conductas infractoras a la normativa de defensa de la competencia. En ese sentido, el decreto legislativo 1034 (Presidencia de la República, 2008b) prescribe de manera indirecta que, cuando existe un conflicto entre las disposiciones regulatorias y las normas de defensa de la competencia, será de aplicación la norma

especial. Es decir, las normas de defensa de la competencia tendrán una aplicación residual frente a las disposiciones regulatorias, considerando su carácter general. Esto se encuentra en concordancia inmediata con el principio de especialidad, que ordena preferir la norma especial sobre la norma general, lo cual no implica que las normas de defensa de la competencia no sean aplicables en mercados regulados.

Así, los cuatro organismos reguladores (OSIPTEL, OSITRAN, OSINERGMIN y SUNASS) han incluido en sus reglamentos el principio de supletoriedad que señala lo siguiente: «Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el “Regulador” en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el Regulador». En consecuencia, queda claro que si se presentara un caso donde exista conflicto entre las disposiciones regulatorias y las normas de defensa de la competencia, se aplicarían las normas regulatorias.

V.1. Interacción INDECOPI-OSIPTEL

Hemos mencionado en varias oportunidades que el INDECOPI es la agencia de competencia con facultades para conocer controversias relacionadas con la afectación de la libre y leal competencia, siempre que dicha competencia no sea negada por ley. Sin embargo, justamente por mandato de la ley, el OSIPTEL hace las veces de agencia de competencia para conocer controversias relacionadas con la afectación de la libre y leal competencia, únicamente cuando las conductas afectan el mercado del servicio público de telecomunicaciones. Este principio queda claramente establecido en la ley 27336 (Congreso de la República del Perú, 2000b) y su reglamento 136-2011/CD-OSIPTEL (OSIPTEL, 2011).

Esta decisión de otorgar por ley las facultades de agencia de competencia al organismo regulador de las telecomunicaciones ha sido objeto de críticas, ya que se han identificado situaciones sobre las que se discute si deberían ser evaluadas por el OSIPTEL en el marco de la Ley de Libre Competencia o dentro de los alcances de la regulación *ex ante*. Esto ocurre, por ejemplo, en el mercado de banda ancha, donde actualmente se discute si es eficiente que el regulador tenga que evaluar *ex ante*, en el marco del Principio sobre Neutralidad de Red, las promociones que brinden los operadores con relación a las redes sociales o las que regulan la velocidad en el tráfico de datos que deriven de aplicativos, contenidos y servicios por red, cuando podría solucionar estos temas de manera *ex post* en el marco de la Ley de Libre Competencia, en caso ocurriera alguna práctica anticompetitiva que distorsione el mercado y, por tanto, perjudique a los consumidores.

V.2. Interacción INDECOPI-OSITRAN

La ley 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional (Congreso de la República del Perú, 2003), consigna como uno de sus fines promover el desarrollo y la competitividad de los puertos. En esa línea, el decreto supremo 003-2004-MTC, reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 2004), establece que la utilización de los bienes portuarios de uso público solo está sujeta a regulación tarifaria por parte del organismo regulador, que en este caso es el OSITRAN, cuando no existan condiciones de competencia. En ese sentido, es el INDECOPI quien determina si existe competencia en el mercado de transporte marítimo. En esta interacción, la participación del INDECOPI constituye una garantía esencial para el funcionamiento eficiente del mercado de transporte marítimo, ya que permite que solo se someta a regulación tarifaria a aquellos servicios portuarios donde no es posible la competencia.

Para determinar si existe o no competencia en este mercado, en primer lugar el INDECOPI identifica el mercado relevante (de producto y geográfico). Para ello, es necesario determinar si el servicio en cuestión debe ser analizado de manera individual o como parte de un paquete. Luego de ello, debe identificarse a los demandantes del servicio o paquete de servicios y, respecto de ellos, debe analizarse la existencia de sustitutos adecuados. Finalmente, el INDECOPI determina la existencia de condiciones de competencia, para lo cual es necesario identificar la existencia de competencia real o potencial en el mercado relevante previamente definido.

Durante el periodo 2011-2015, el INDECOPI emitió 43 informes técnicos sobre condiciones de competencia en el sector portuario, de acuerdo con el siguiente detalle (datos proporcionados por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI el 4 de febrero de 2016):

- En 27 informes, se concluyó que sí existen condiciones de competencia.
- En 2 informes, se concluyó que, respecto de un servicio, sí existen condiciones de competencia; y, respecto de otro servicio, no existen condiciones de competencia.
- En 13 informes, se concluyó que no existen condiciones de competencia.
- En 1 informe, se concluyó que no corresponde emitir opinión, puesto que el OSITRAN determinó que el servicio consultado se encontraba dentro del contrato de concesión.

V.3. Interacción INDECOPI-OSINERGMIN

La ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (Congreso de la República, 1997), estableció un mecanismo para el control de concentraciones en el sector eléctrico. En ese sentido, se encuentran sujetos a evaluación previa por parte de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, todas las operaciones de concentración que involucren a empresas que desarrollan actividades de generación y/o distribución de energía eléctrica. Para ello, en virtud del artículo 35 del reglamento de la ley 26876 (Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, 1998) el INDECOPI puede solicitar un informe al OSINERGMIN sobre los aspectos técnicos de los servicios y/o productos vinculados a la operación de concentración notificada, así como a los mercados respectivos, objeto de evaluación y autorización.

En consecuencia, la Secretaría Técnica suele solicitar al OSINERGMIN un informe que contenga su opinión respecto de los efectos, ya sean perjudiciales o beneficiosos, que, desde su perspectiva como organismo regulador especialista en el tema, podría generar la operación de concentración empresarial y, de ser el caso, los condicionamientos que sería conveniente que la Comisión disponga para aprobar dicha operación. Es preciso señalar que, cada vez que la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de Libre Competencia ha requerido un informe del OSINERGMIN, dicho organismo regulador ha atendido el pedido. Asimismo, cabe indicar que a la fecha el INDECOPI no ha denegado ninguna solicitud de concentración presentada en el sector eléctrico (datos proporcionados por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI el 4 de febrero de 2016).

VI. REFLEXIONES FINALES

En la década de los noventa se llevaron a cabo una serie de reformas con la finalidad de aumentar el desarrollo económico social del país. En virtud de ello, se realizó una reforma institucional del Estado, estableciéndose como regla general la libre competencia. Asimismo, el Estado asumió un rol regulador y dejó de lado el rol de prestador de los servicios públicos que venía llevando a cabo sin éxito. En ese contexto, y con la finalidad de garantizar el funcionamiento del modelo económico de economía social de mercado, el fortalecimiento de la institucionalidad del país resultaba clave para que la economía del país se recuperase y para que fuera posible incrementar el bienestar de la población.

Como hemos mencionado a lo largo del artículo, de acuerdo a nuestra Constitución, la regla general del modelo económico de economía social de mercado es que los agentes actúen en el marco de la libre y leal competencia; sin embargo, el Estado intervendrá con un rol

regulador únicamente cuando sea necesario. En el caso de nuestro país, la regulación se ha dirigido a los servicios públicos que antes eran gestionados directamente por el Estado. Así, por un lado, se creó al INDECOPI como la agencia de competencia y a cuatro organismos reguladores responsables de la regulación de los servicios públicos, esenciales para el bienestar y el desarrollo (OSITRAN, OSINERGMIN, OSIPTEL y SUNASS).

Cabe indicar que la agencia de competencia tiene la importante labor de velar por la promoción y defensa de la libre competencia en el mercado. Por su parte, los organismos reguladores tienen como objetivo lograr que las empresas privadas que brindan los servicios públicos lleven a cabo su actuación en un ámbito donde se simulen condiciones de competencia. Es por ello que realizan su labor en diferentes etapas: en el caso de los organismos reguladores, estos actúan en una etapa *ex ante*, siendo responsables del marco regulatorio pertinente y las autorizaciones; en el caso de la agencia de competencia, esta actúa en una etapa *ex post*, es decir, sanciona las conductas que lleven a cabo los agentes económicos que distorsionen en el mercado la libre y leal competencia.

Así, consideramos que, de acuerdo a la Constitución Política del Perú de 1993, la regla general es que los agentes económicos compitan en el mercado de manera libre, por lo que el rol regulatorio del Estado deberá aparecer solo de manera excepcional y cuando la situación lo amerite. Aquella es justamente la diferencia entre el modelo económico anterior y el modelo económico vigente de economía social de mercado. Por ello, consideramos importante que las facultades de la agencia de competencia y de los organismos reguladores se encuentren debidamente divididas y fortalecer, en ese sentido, las facultades de la agencia de competencia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Ariño, Gaspar & Lucía López de Castro (1999). Nuevo servicio público y regulación económica. En Gaspar Ariño, *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares.

Bullard, Alfredo (2003). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.

Cases, Luis, (2009). Regulación y competencia. Límites y conexiones. En Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel.

Cassagne, Juan Carlos (2006). La crisis de los servicios públicos en Argentina. En Juan Carlos Cassagne (dir.), *Servicio público y policía*. Buenos Aires: Universitas.

Cassagne, Juan Carlos & Gaspar Ariño (2005). El servicio público en el campo de la contratación administrativa. En *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Cassagne, Juan Carlos. (2007). Los poderes normativos y la estabilidad de las concesiones y licencias de servicios públicos. En Autores varios, *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra.

Congreso de la República del Perú (1997). Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Ley 26876. *Diario Oficial El Peruano*, 19 de noviembre.

Congreso de la República del Perú (2000a). Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Ley 27332. *Diario Oficial El Peruano*, 29 de julio de 2000.

Congreso de la República del Perú (2000b). Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL. Ley 27336. *Diario Oficial El Peruano*, 5 de agosto de 2000.

Congreso de la República del Perú (2003). Ley del Sistema Portuario Nacional. Ley 27943. *Diario Oficial El Peruano*, 01 de marzo.

Congreso de la República del Perú (2007). Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Ley 29158. *Diario Oficial El Peruano*, 20 de diciembre.

Constitución Política del Perú (1993).

De la Quadra-Salcedo, Tomás (2000). Constitución y modelo económico liberalizador. *Cuadernos de Derecho Público*, 9, 27-46.

Delgado, Juan & Héctor Otero (2015). La CNMC: la historia de una reforma inacabada. *Papeles de Economía Española*, 145.

INDECOPI (2005). Perú. Los intereses nacionales en defensa de la competencia y los acuerdos preferenciales de comercio. *Serie de Publicaciones Institucionales*, 2.

Levy, Brian & Pablo Spiller (1994) The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation. *Journal of Law, Economics and Organization*, 10(2), 201-246.

Magide Herrero, Mariano (2000). *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (1998). Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Decreto Supremo 017-98-ITINCI. *Diario Oficial El Peruano*, 16 de octubre.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2004). Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional. Decreto supremo 003-2004-MTC. *Diario Oficial El Peruano*, 4 de febrero.

121

COMPETENCIA Y
REGULACIÓNCOMPETITION
AND UTILITY
REGULATION

OSIPTEL (2011). Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas. Resolución de Consejo Directivo 136-2011-CD/OSIPTEL. 27 de octubre

Presidencia de la República (1992). Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI. Decreto ley 25868. *Diario Oficial El Peruano*, 24 de noviembre.

Presidencia de la República (2008a). Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI. Decreto legislativo 1033. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de junio.

Presidencia de la República (2008b). Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Decreto legislativo 1034. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de junio.

Tribunal Constitucional (2003). Sentencia. Expediente 008-2003-AI/TC. 11 de noviembre.

Tribunal Constitucional (2005). Sentencia. Luis Nicanor Maraví Arias, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (demandado). Expediente 034-2004-PI/TC. 15 de febrero.

Recibido: 18/02/2016

Aprobado: 08/04/2016