

La Agencia de Competencia frente a las Regulaciones Sectoriales*

Fernando Cáceres Freyre**

SUMILLA

El autor analiza las buenas prácticas gubernamentales –aplicadas en otros países– para identificar si una conducta empresarial está regulada o si más bien ambos cuerpos normativos pueden aplicarse en paralelo. Luego propone un test de cinco pasos y lo “prueba” en los casos más emblemáticos resueltos en Perú. Así, el autor busca promover la utilización de un razonamiento más estructurado para juzgar este tipo de casos, a fin de hacerlos más predecibles por los agentes económicos.

Tanto las normas de competencia como las regulaciones sectoriales constituyen, en distinta medida y forma, medios de control del ejercicio del poder de mercado. Así, mientras que la regulación sectorial efectúa esta tarea de manera directa, estipulando las acciones específicas que debe seguir una determinada empresa, las normas de defensa de la competencia lo hacen de manera indirecta, mediante la prohibición y represión de las prácticas anticompetitivas¹.

En el caso peruano, la función de controlar el poder de mercado se encuentra asignada de la siguiente manera:

- ✓ Los Ministerios, directamente o a través de Pro-Inversión, se encuentran encargados de entregar en concesión infraestructuras y/o servicios considerados monopolios naturales.
- ✓ Los Ministerios y los Organismos Reguladores participan en el diseño de los esquemas regulatorios.
- ✓ Los Organismos Reguladores supervisan el cumplimiento de las obligaciones regulatorias -creadas en los contratos de concesión o en las normas sectoriales-, para lo cual cuentan con un régimen de infracciones y sanciones pre-determinado.
- ✓ Las Agencias de Competencia -INDECOPI y OSIPTEL- se encuentran encargadas de

supervisar el funcionamiento del proceso de competencia en todos los mercados.

En un escenario ideal, aunque bastante costoso, las agencias de competencia serían consultadas acerca del impacto de las regulaciones en el proceso de competencia antes de su elaboración. Y, al elaborar los contratos de concesión y/o las normas sectoriales, se explicitaría si existe la voluntad de que la regulación desplace a las normas de competencia. Pero este escenario resulta difícil de practicar, por razones que van desde la conveniencia política de no hacer explícito dicho desplazamiento hasta la dificultad de gestionar las coordinaciones necesarias al interior del Estado. Por ello, en la práctica, las regulaciones generan impredecibilidad para los agentes económicos y, en consecuencia, un aumento de sus costos sociales.

Frente a esta situación, este artículo busca proponer una metodología para que los juzgadores identifiquen conductas reguladas y determinen si las normas de competencia pueden aplicarse en paralelo. En la primera parte, analizaremos los casos más relevantes que han sido juzgados en el Perú, para identificar los problemas que han tenido que enfrentar las Agencias de Competencia al resolver estos casos. En la segunda parte, realizaremos un análisis

* Adaptación de la investigación: Cáceres, Fernando; Calderón, Andrés; y Luis José Diez Canseco. Las Agencias de Competencia frente a las Regulaciones Sectoriales: Problemas Institucionales y Lineamientos de Reforma. Programa de Investigación sobre la Competencia para el Desarrollo Económico, International Development Research Centre. Canadá. Marzo, 2010.

** Abogado Consultor. Ex Miembro de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI. fcaceres@alumni.virginia.edu

¹ COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003, p. 13.

comparado, principalmente de la experiencia de los Estados Unidos, para identificar buenas prácticas que puedan aplicarse en nuestro país, para facilitar la resolución de dichos casos por las agencias de competencia². En base a las buenas prácticas gubernamentales identificadas, en la tercera parte propondremos un test de cinco pasos a ser utilizado para identificar si una conducta está regulada y si ambos cuerpos normativos pueden aplicarse en paralelo, para terminar en la cuarta parte “probando” nuestra metodología en los casos emblemáticos -resueltos en Perú-, a fin de mostrar cómo funcionaría en la práctica seguir un razonamiento más estructurado al momento de juzgar este tipo de casos.

1. Casos emblemáticos

A continuación analizaremos los casos más relevantes que han sido juzgados en el Perú por las agencias de competencia (INDECOPI y OSIPTEL), para identificar los problemas que han tenido que enfrentar las Agencias de Competencia al resolver estos casos.

Tele2000 vs. Telefónica del Perú.- Tele2000-Bellsouth denunció ante OSIPTEL a Telefónica del Perú, único concesionario autorizado para construir redes de telecomunicaciones en provincias, por negarse injustificadamente a brindarle el servicio de roaming para sus abonados de Lima y Callao que viajaran a provincias. Ambas instancias resolutorias consideraron que no existía una obligación regulatoria de prestar el servicio de roaming, argumentando que este servicio no estaba incluido dentro de la obligación de interconexión³, y al mismo tiempo declararon que la negativa de Telefónica a colaborar con su competidor calificaba como un abuso de posición

de dominio porque se traducía en una barrera a la entrada para Tele2000; a pesar de que ésta no había sido creada por la empresa sino por el Estado⁴. Algunos años más tarde, Tele2000-Bellsouth denunció a Telefónica por negarse a prestarle el servicio de roaming. A diferencia del primer caso, en esta ocasión la empresa demandante ya contaba con la concesión de una banda de telefonía móvil que le permitía brindar el servicio de telefonía móvil en todo el país, por lo que el CCO de OSIPTEL concluyó que era posible que la empresa demandante desarrolle su infraestructura propia para brindar cobertura a sus abonados, por lo que desestimó la demanda.

Paneles Napsa vs. Edelnor⁵.- Paneles Napsa denunció ante INDECOPI que Edelnor, empresa concesionaria de distribución de energía eléctrica en Lima Norte, se había negado injustificadamente a proporcionarle energía para el funcionamiento de dos paneles publicitarios. La primera instancia de INDECOPI declaró improcedente la denuncia sobre la base del principio de supletoriedad, pues argumentó que las normas de competencia no resultaban aplicables dada la existencia de una regulación sectorial que obligaba a las distribuidoras a suministrar energía a los usuarios finales. Así, se creó jurisprudencialmente la presunción de que toda regulación -sin importar su fundamento- desplaza a las normas de competencia⁶.

CATV vs. Edecañete.- CATV, una empresa prestadora del servicio de difusión de televisión por cable, denunció ante OSIPTEL que Edecañete, una empresa dedicada a la prestación del servicio público de distribución eléctrica, se había injustificadamente a alquilarle los postes que requería para prestar sus servicios en la localidad de Cañete, transgrediendo las normas

² El análisis completo no se ha podido incluir por razones de espacio. Sin embargo, dado el impacto que tiene la práctica de Estados Unidos en la metodología que nosotros sugerimos utilizar, estamos incluyendo el análisis completo de las prácticas de este país -realizado en la investigación que dio origen a este artículo- como Apéndice.

³ Tanto el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL, que vio el caso en primera instancia, como el Presidente del Consejo Directivo de OSIPTEL, en segunda instancia, diferenciaron el servicio de roaming de la obligación de interconexión, concluyendo que el servicio de roaming no implicaba una interconexión de redes, sino “una integración temporal de un cliente a la red de una empresa con la que no tiene una relación contractual”.

⁴ Algunos años más tarde, Tele2000-Bellsouth denunció a Telefónica por negarse a prestarle el servicio de roaming. A diferencia del primer caso, en esta ocasión la empresa demandante ya contaba con la concesión de una banda de telefonía móvil que le permitía brindar el servicio de telefonía móvil en todo el país, por lo que el CCO del OSIPTEL concluyó que era posible que la empresa demandante desarrolle su infraestructura propia para brindar cobertura a sus abonados, por lo que desestimó la demanda.

⁵ Resolución N° 006-2002-CLC/INDECOPI del 13 de marzo del 2002, en el procedimiento seguido por Paneles Napsa S.A contra Empresa de Distribución Eléctrica de Lima - Norte S.A.A. - Edelnor (Expediente N° 001-2002-CLC).

⁶ “(...) si el Estado, a través de OSINERG determinó la necesidad de regular un mercado, tomando la decisión por éste, entonces, no sería posible aplicar normas de competencia, ya que el Estado decidió anticipar la solución a cualquier controversia a través de la regulación. En consecuencia, una vez en conflicto regulación y competencia, es la regulación la que debe primar, (la situación en la que el Estado toma una decisión sobre la existencia de competencia), de allí que sean las normas de OSINERG las que primen sobre el Decreto Legislativo 701”.

de competencia y la Ley N° 28295 (Ley de Uso Compartido de Infraestructura)⁷.

En esta oportunidad, la primera instancia del OSIPTEL declaró improcedente la denuncia de CATV en el extremo relacionado con la infracción de la Ley N° 28295, porque únicamente resultaba competente para conocer controversias derivadas de dicha ley cuando se hubiera establecido previamente una relación de compartición entre el titular de la infraestructura y el beneficiario de la misma, gracias a un contrato o un mandato de acceso, lo que no ocurría en dicho caso. Por otra parte, la primera instancia del OSIPTEL también declaró improcedente la denuncia en el aspecto sobre libre competencia, por considerar que una negativa injustificada de trato sancionable requería algún tipo de relación de competencia entre el infractor y el afectado, supuesto que tampoco se presentaba en este caso. Así, OSIPTEL abandonó el criterio introducido en *Vo Cable vs. Luz del Sur*, conforme al cual las agencias de competencia podían sancionar negativas de trato aun cuando no hubiera actual o potencialmente una relación de competencia entre los involucrados.

Termoselva vs. COES⁸.- La generadora Termoselva denunció ante INDECOPI un boicot anti-competitivo del COES y las empresas que forman parte de su Directorio, tras que se rechazara la reducción del costo variable de combustible, que Termoselva había logrado como producto del menor precio del gas natural negociado con su vinculada Aguaytía (el precio se redujo de US\$2.25/MMBTU a US\$0.90/MMBTU).

Termoselva alegaba que la regulación solo establecía la obligatoriedad de informar su costo combustible sobre la base del contrato de suministro y la factura correspondientes, pero no establecía mecanismos de control de conductas restrictivas a la competencia por las empresas que manejaban el Directorio del COES. En tanto, las denunciadas sostenían que no había espacio para la aplicación de la norma de competencia, dado que existían mecanismos regulatorios para prevenir posibles distorsiones a la competencia generadas

por intereses particulares de sus miembros; en particular, el control del orden del despacho de energía eléctrica en función a los costos operativos de las empresas.

Una vez consultado OSINERGMIN acerca de si la regulación estaba diseñada para prevenir este tipo de afectaciones al proceso de competencia, éste señala los motivos por los cuales la Comisión sería competente para conocer de una denuncia en caso se detecte una conducta anticompetitiva⁹, y adjuntó la "Opinión Técnica sobre el precio de gas de Aguaytía a Termoselva" elaborada en mayo de 2002 por el ingeniero Carlos Herrera Descalzi, que concluye que el COES-SINAC no se encontraba habilitado para controlar el precio para el gas natural fijado libremente entre Aguaytía y Termoselva. Luego, mediante Resolución N° 130-2003-OS/CD15 y el Informe N° 77-2003-OSINERG/GFE, se concluye que dicha entidad no incurrió en infracción alguna al desestimar el precio del gas natural informado por Termoselva.

Al final del día, INDECOPI declaró improcedente la denuncia porque se trataba del ejercicio de función administrativa y no de una actividad económica. No llegó a definir si existía o no un desplazamiento tácito de las normas de competencia.

Nextel vs. Telefónica Móviles¹⁰.- La denunciante señalaba que Telefónica Móviles cobraba un cargo de terminación diferenciado para las llamadas "off net" (aquellas iniciadas en la red de Telefónica Móviles que terminaban en la red de Nextel) que para las llamadas *on net* (aquellas iniciadas y terminadas al interior de su red); lo cual tenía por objeto incrementar los costos de Nextel y excluirlo del mercado.

OSIPTEL sostuvo que los cargos de terminación habían sido pactados por ambas partes, conforme al contrato de interconexión aprobado por la Gerencia General de OSIPTEL, y declaró que la conducta cuestionada se encontraba regulada, dado que "el supuesto ejercicio abusivo del poder de negociación y de la imposición de cláusulas

⁷ La Ley N° 28295 estableció la obligación de permitir el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público (no se aplica a redes), sea que ésta se encuentre instalada en áreas de dominio público, áreas de acceso público y/o de dominio privado, con independencia de su uso. Para garantizar este acceso compartido se dispone de dos vías: (i) la adopción de un acuerdo entre las partes interesadas; o, (ii) el mandato expreso de OSIPTEL, como ocurre en interconexión, que establezca las condiciones técnicas, económicas y legales del acceso y uso. Esta obligación de acceso se circunscribe a aquellos casos donde existan restricciones burocráticas al desarrollo de infraestructura propia requerida para prestar servicios en mercados aguas arriba o aguas abajo.

⁸ Resolución N° 030-2004-INDECOPI/CLC del 19 de mayo de 2004.

⁹ Oficio N° 2600-2002-OSINERG-GFE

¹⁰ Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL del 11 de marzo del año 2005, en el procedimiento seguido por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.C. (Expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC).

contractuales, es decir la supuesta práctica anticompetitiva, se encuentra prevista y regulada en el marco de disposiciones legales que promueven y supervisan la negociación de las partes de los términos de un contrato de interconexión”¹¹.

Alfagas vs. Repsol¹².- Alfagas, una distribuidora de GLP en Lima y Callao, denunció a Repsol ante INDECOPI por una negativa injustificada a intercambiar balones de gas con el objeto de desabastecerla y propiciar su expulsión del mercado. La regulación establecía que las empresas que comercializaban balones de GLP debían intercambiar entre sí los cilindros vacíos que hubieran recibido de los consumidores, debiendo pagar la diferencia aquella que tuviera menos cilindros que intercambiar, es decir, aquella con menos participación de mercado.

La primera instancia declaró improcedente la denuncia por considerar que la conducta se encontraba prevista en la regulación sectorial, cuya supervisión y fiscalización estaba encomendada a OSINERGMIN. En otras palabras, se descartó la aplicación de las normas de competencia ante la mera constatación de que existía una regulación (regla de Paneles Napsa). Este criterio fue revocado en segunda instancia, pues a criterio de la Sala sólo la regulación económica, es decir, aquella aplicable a los monopolios naturales, excluye la aplicación de las normas de competencia porque *“en un mercado donde la competencia no es posible por existir un monopolio natural, no tiene sentido estar sancionando conductas anticompetitivas para garantizar una competencia inexistente.”*

La segunda instancia entendió que la obligación de intercambiar balones no tenía por objeto atender un problema de monopolio natural sino garantizar la permanencia de un número determinado de cilindros en el mercado, lo cual calificó de regulación social. Por consiguiente, devolvió el caso a primera instancia.

OSITRAN vs. Fetrans¹³.- Fetrans, concesionaria de la vía férrea en la zona sur-oriente, se negó a alquilarle material tractivo y rodante a Fersimsac, una empresa

interesada en competir con su vinculada Perú Rail en el transporte de carga y pasajeros, alegando que también tenía exclusividad en la provisión de ese servicio. En un principio, el modelo regulatorio no permitía la integración vertical, pero tras algunos intentos infructuosos de entregar en concesión la operación del material tractivo y rodante (vagones de carga y pasajeros) a un tercero, se permitió que Fetrans realizara esta actividad a través de su empresa vinculada Perú Rail; sin especificarse si ello implicaba exclusividad o no.

Al hacerlo, por deficiencia técnica o conveniencia política, no se aclaró si la voluntad era dar o no exclusividad al momento de entregar la concesión. Al generarse este impase OSITRAN llevó el caso ante INDECOPI. La primera instancia declaró infundada la denuncia porque interpretó que el contrato de concesión daba exclusividad a Perú Rail, por lo cual la negativa denunciada constituía el ejercicio regular de un derecho. En su lugar, la Sala interpretó la obligación de no discriminación (o servicio con equidad) contenida en el contrato de concesión conjuntamente con las normas de competencia, y concluyó que Fetrans estaba obligada a otorgar a Fersimsac un trato equivalente a aquél ofrecido a su vinculada Perú Rail¹⁴.

A partir de los casos revisados, podemos concluir lo siguiente:

1. Las agencias de competencia fallan en reconocer -desde un inicio- si la obligación regulatoria en cuestión está diseñada para desincentivar un daño al proceso de competencia. (Tele2000, Paneles Napsa).
2. La regla de que toda regulación -sin importar su fundamento- desplaza a las normas de competencia, deja innecesariamente fuera del ámbito de aplicación de las normas de competencia a una serie de supuestos con potenciales efectos anticompetitivos (Paneles Napsa, Alfagas)¹⁵.
3. La regla que parte por presumir que ambos cuerpos normativos pueden aplicarse en paralelo,

¹¹ Resolución N° 006-2005-TSC/OSIPTTEL del 21 de abril del año 2005, en el procedimiento seguido por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.C. (Expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC).

¹² Resolución N° 0004-2008/TDC-INDECOPI, del 3 de enero de 2008

¹³ Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC, de fecha 4 de setiembre de 2006, en el procedimiento seguido por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C., la Comisión de Libre Competencia y el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público -Ositrán contra Ferrocarril Transandino S.A. (Expediente N° 010-2004/CLC y 012-2004/CLC - Acumulados).

¹⁴ Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, de fecha 2 de julio de 2007, en el procedimiento seguido por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C., la Comisión de Libre Competencia y el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público -Ositrán contra Ferrocarril Transandino S.A. (Expediente N° 010-2004/CLC y 012-2004/CLC - Acumulados).

¹⁵ Pero esta aseveración sobre-simplifica el amplio universo de aristas que debe tenerse en consideración al acercarse al problema de la interacción entre normas de competencia y regulación. En efecto, los mercados no son perfectamente competitivos ni

deja espacio para analizar si la conducta está sujeta a regulación o si podría haber espacio para la aplicación paralela (Fetrans, Termoselva).

4. Los Ministerios y Organismos Reguladores, que participan en el diseño de esquemas regulatorios, por una aparente conveniencia política o deficiencia técnica, no explicitan si las regulaciones desplazan a las normas de competencia (Fetrans).
5. A veces los Organismos Reguladores no colaboran con las agencias de competencia para esclarecer cuál fue la voluntad legislativa detrás de las regulaciones (Fetrans). La identificación de un desplazamiento tácito de las normas de competencia requiere un análisis ciertamente más complejo (Nextel, Termoselva).
6. En sectores intensamente regulados, y sujetos a supervisión penetrante de un Regulador, como el caso del mercado spot de energía y potencia, tampoco puede descartarse a priori la posibilidad de que se apliquen en paralelo las normas de competencia (Termoselva).

2. Análisis comparado

En esta sección realizaremos un análisis comparado de las prácticas aplicadas en otros países, con el objeto de identificar buenas prácticas que puedan aplicarse en nuestro país para resolver los problemas institucionales identificados. Para cada caso, realizaremos un breve análisis a fin de determinar la conveniencia o compatibilidad de aplicarlas a nuestro país y, en caso sean de interés, profundizaremos nuestro análisis:

Reino Unido.- Se aplica un mecanismo coordinado y obligatorio de establecimiento de competencias, caso por caso. Mediante este protocolo de coordinación, denominado "Concurrency", sólo una entidad (de competencia o regulatoria) conoce un caso de conducta anticompetitiva. Las autoridades pueden decidir si aplicar las normas sectoriales o la ley de competencia. La colaboración y discusión entre Reguladores y Agencia de Competencia se da a través del Concurrency Working Group.

Esta práctica elimina los riesgos de duplicidad y contradicción al establecer una sola autoridad competente para conocer una conducta que podría estar sujeta tanto a la aplicación de la norma de

competencia como a la de la regulación sectorial. Sin embargo, este sistema podría entrar en conflicto con algunos principios del ordenamiento jurídico peruano, como el del juez natural y predictibilidad en la aplicación de las normas, toda vez que la autoridad competente y la norma aplicable no estarían predeterminadas, sino que se atribuirían una vez presentado un caso concreto. Ello podría generar fuertes reparos de índole constitucional, que sumados a otros riesgos institucionales como el de la captura del regulador (y consecuentemente de la agencia de competencia) y la ausencia de voluntad de las entidades involucradas para renunciar potencialmente a sus competencias, desincentivarían la adopción legislativa de este sistema. Por tanto, no creemos recomendable su adopción en el Perú.

España.- Solo una regulación aprobada por norma con rango de Ley puede desplazar la aplicación de la norma de competencia. Los reguladores sectoriales emiten informes no vinculantes en procedimientos seguidos ante la Agencia de Competencia por conductas anticompetitivas en sectores regulados.

Esta práctica destaca por el respeto a la jerarquía normativa como criterio base para delimitar los ámbitos de aplicación de las normas de competencia y regulaciones sectoriales, pero resulta cuestionable admitir que siempre que una conducta se encuentre regulada por una norma legal sectorial, deba aplicarse únicamente esta última en detrimento de las normas de libre competencia (regla semejante a Paneles Napsa). Por tanto, no creemos recomendable que se siga aplicando este tipo de razonamiento en el Perú.

Canadá.- El desplazamiento de las normas de competencia se concede a través de la *regulated conduct defence*, que se aplica excepcionalmente cuando (i) exista un régimen regulatorio válido y comprensivo; (ii) se autorice o imponga una determinada conducta; (iii) se haya otorgado potestad a un organismo regulador para supervisar o tomar acción frente a la conducta que regularmente infringiría la *competition act*; y, (iv) la potestad regulatoria haya sido efectivamente ejercida. Estos criterios resultan compatibles con nuestro ordenamiento por cuanto las autoridades administrativas y judiciales peruanas se encuentran obligadas a interpretar la voluntad del legislador; el principio de conservación de normas aconseja en nuestro país privilegiar las interpretaciones que admiten la validez de ambas normas; y, la

tampoco son ajenos totalmente a la competencia, existen distintos niveles en los que la competencia es posible y distintos grados de intervención regulatoria.

prohibición de aplicar una doble sanción por el mismo fundamento (*bis in idem*) exige que una eventual sanción por libre competencia tenga un fundamento distinto.

Al reconocer que las normas de competencia pueden colisionar en ocasiones con las regulaciones sectoriales, las cortes canadienses han desarrollado la doctrina de la “conducta regulada” o *regulated conduct defence* (RCD), que consiste esencialmente en un medio de defensa de los agentes económicos, en virtud del cual se verán exonerados de cualquier responsabilidad por infracción a las normas de competencia, si es que la conducta presuntamente anticompetitiva ha sido impuesta o autorizada por otra Ley o régimen legislativo federal, provincial o municipal.

La *competition act* no establece alguna excepción respecto de su ámbito de aplicación, a partir de la cual se pueda derivar la RCD. Esta forma de inmunidad antitrust es una doctrina de origen jurisprudencial. Una vez establecida la doctrina de la “conducta regulada”, la jurisprudencia y doctrina canadiense se han preocupado por delimitar los alcances de esta defensa, teniendo en consideración que una interpretación amplia generaría la limitación de la aplicación de la *competition act* y de todo el sistema de defensa de la competencia, incluyendo las potestades de la *competition bureau* canadiense en la persecución de prácticas anticompetitivas.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la regulación puede desplazar a la *competition act* de manera explícita o implícita. En este segundo caso, sin embargo, debe tenerse cuidado y únicamente aplicar la RCD cuando resulte claro que existe una voluntad legislativa de desplazar el régimen general de aplicación de las normas de competencia. Así, la Corte Suprema de Canadá ha señalado que “no se presume [que el Parlamento] se separe del sistema general de la Ley sin expresar su intención de hacerlo con claridad irresistible”¹⁶.

De este modo, partiendo de la presunción de que el Parlamento emite normas que son consistentes con todo el ordenamiento jurídico canadiense, debe preferirse por interpretar en primer lugar la convivencia pacífica de una norma sectorial

federal y la *competition act* (ambas de alcance federal), antes de concluir que dichas normas son opuestas y que una de ellas debe prevalecer sobre la otra.

Así, en la medida que la aplicación de la RCD supone la admisión de la contradicción e inconsistencia entre la *competition act* y una norma federal sectorial que la desplaza, la primera opción de las cortes canadienses será la de buscar la interpretación consistente que permita la subsistencia y convivencia de ambos cuerpos normativos, salvo que exista una clara voluntad de desplazamiento de la *competition act*.

Para asumir el desplazamiento implícito de la *competition act*, la Corte Suprema canadiense ha utilizado un criterio similar al de su par estadounidense, requiriendo para ello la concurrencia de cuatro requisitos: (i) la existencia de un régimen regulatorio válido y comprensivo; (ii) que autorice o imponga una determinada conducta; (iii) que otorgue potestad a un Organismo Regulador para supervisar o tomar acción frente a la conducta que regularmente infringiría la *competition act*; y (iv) que dicha potestad haya sido efectivamente ejercida por el regulador¹⁷.

De esta forma, se ha señalado que la RCD no será aplicable cuando: (i) la conducta en cuestión no haya sido impuesta o autorizada por una Ley válida; (ii) el regulador haya declinado de ejercer su autoridad regulatoria; y (iii) la conducta en cuestión excede o contradice el propio esquema legislativo regulatorio¹⁸.

Una situación que ha generado dudas sobre la aplicación de la RCD se produce cuando la norma que autoriza o impone una práctica, presuntamente anticompetitiva, es de alcance provincial. El debate surge debido a la regla general de la primacía federal, según la cual una ley federal primará sobre una Ley provincial en caso de conflicto, lo que ocurre cuando un sujeto no puede cumplir con ambas leyes al mismo tiempo¹⁹.

Pese a la regla de la primacía federal, la Corte Suprema canadiense y las cortes inferiores han aplicado la RCD también a casos donde la norma en conflicto es de alcance provincial. En efecto, en el caso *Jabour*, la Corte aplicó la RCD a una

¹⁶ *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610 at 614.

¹⁷ *R. v. B.C. Fruit Growers Association et al.* (1985), 11 C.P.R. (3d) 183 (B.C.S.C.).

¹⁸ KATZ, Mark y Charles TINGLEY. The “Regulated Conduct Defence” in Canada. *Competition Law*, Volume XI, N° 2, 2006, p. 731.

¹⁹ *Ver, Multiple Access Ltd. v. McCutcheon* [1982] 2 S.C.R. 161 at 191.

conducta que estaba autorizada por una ley provincial.

En *Jabour*, el Colegio de Abogados de British Columbia impuso restricciones a la publicidad de abogados que tenían por objeto garantizar una mayor discreción en dicha actividad. La Corte Suprema en este caso consideró que el Colegio de Abogados había actuado en ejercicio del mandato legislativo otorgado para normar sobre las conductas impropias de un abogado, pese a que la ley no contenía ninguna referencia a la regulación de la actividad publicitaria.

De esta forma, la RCD surge como una excepción a la regla de la primacía federal, en la medida que un esquema regulatorio provincial que entra en conflicto con la norma de competencia federal (Competition Act), conservará su eficacia para otorgar inmunidad *antitrust* a un agente económico²⁰.

El pronunciamiento de la Corte Suprema en *Jabour* resulta interesante puesto que el Tribunal no requirió la incompatibilidad o imposibilidad del cumplimiento de la *competition act* y la norma provincial, lo que ocurriría en caso esta última impusiera -y no solo autorizará- una determinada práctica comercial.

Sin embargo, debe tenerse en consideración que la Corte Suprema ha tenido una aplicación más flexible y permisiva de la RCD cuando la norma sectorial que entra en conflicto con la Competition Act autoriza o impone una conducta que podría ser considerada como un crimen (*criminal offence*).

En efecto, dentro de la *competition act*, puede distinguirse entre las provisiones revisables (*reviewable matters*) y las que regulan las ofensas criminales (*criminal offences*). Mientras que las conductas revisables no son ilícitas en principio, a menos que sean declaradas así por un tribunal, las ofensas criminales sí lo son y están sujetas a sanciones de naturaleza penal.

En este sentido, la *competition bureau* ha reconocido que no existe jurisprudencia uniforme y clara sobre la aplicación de la RCD en casos de

conductas revisables y, por lo tanto, ha señalado que no dejará de perseguir una conducta que regularmente infringiría este tipo de provisiones de la *competition act*, cuando exista una norma provincial que sólo la autorice y no la imponga²¹.

Pese al tratamiento permisivo del Tribunal Supremo en el caso *Jabour*, posteriormente la Corte ha tenido una aproximación más inflexible y restrictiva en la aplicación de la RCD. Así, en el caso *Mortimer*, la Corte denegó la aplicación de la RCD a una corporación de topógrafos que habían establecido tarifas mínimas para la prestación de sus servicios. La Corte consideró que si bien la Corporación contaba con poderes de regulación de tarifas, no se desprendía de los estatutos regulatorios la voluntad legislativa de otorgar a la asociación la potestad de establecer tarifas mínimas obligatorias²².

En el año 2006, la *competition bureau* intentó condensar el "estado del arte" de la RCD con la emisión del "Boletín técnico sobre las conductas reguladas"²³, resumiendo los principales criterios utilizados por las Cortes canadienses en la aplicación de esta doctrina, con la finalidad de generar predictibilidad en los agentes económicos respecto de qué tipo de prácticas se encuentran amparadas por la RCD y no iban a ser objetos de persecución por parte de la *competition bureau*²⁴.

El Boletín Técnico no solo resume los principales criterios usados por las cortes canadienses sobre la RCD, sino que también recoge la opinión de la *competition bureau* y detalla la línea de acción a seguir por este órgano. En este sentido, si bien la *competition bureau* reconoce la aplicación de la RCD, también recuerda la importancia de su interpretación restrictiva toda vez que limita el *enforcement* del sistema de defensa de la competencia. Así, como regla general, la *competition bureau* estima que por lo general la *competition act* y las regulaciones sectoriales podrán coexistir y, por lo tanto, la primera mantendrá su vigencia y aplicación. Es decir, la *competition bureau* sostiene que la RCD es una excepción, no obstante, reconoce que su práctica jurisprudencial no ha sido muy desarrollada en Canadá y, por lo tanto, se recomienda una aplicación cautelosa²⁵.

²⁰ KATZ, Mark y Charles TINGLEY. Ob. Cit., p. 731.

²¹ COMPETITION BUREAU. Technical Bulletin on "Regulated" Conduct. June 2006, p. 5.

²² *Mortimer vs. Corporation of Land Surveyors of the Province of British Columbia* (1989), 25 C.P.R. (3d) 233 (B.C.S.C.).

²³ Este Boletín Técnico reemplazó el Boletín Informativo previamente emitido por la Competition Bureau en diciembre de 2002, que recibió numerosas críticas por no recoger todos los criterios utilizados por las cortes canadienses sobre el particular.

²⁴ COMPETITION BUREAU. Technical Bulletin on "Regulated" Conduct. June 2006.

²⁵ COMPETITION BUREAU. Ob. Cit., p. 2.

Así por ejemplo, debe tenerse presente que la RCD no supone la primacía de las normas regulatorias sobre la *competition act* en todo sector regulado. La RCD constituye únicamente un medio de defensa utilizado por los particulares para eximirse de responsabilidad antitrust por la realización de una práctica específica. En este sentido, la RCD únicamente protege conductas específicas del enjuiciamiento antitrust y no a industrias²⁶.

Estados Unidos.- Se presume la compatibilidad entre regulación y leyes de competencia. El desplazamiento tácito de las normas de competencia es excepcional. Solo se acepta cuando: (i) exista una autoridad regulatoria que supervise la conducta; (ii) exista evidencia de que dicha entidad regulatoria ejerce su autoridad; (iii) haya riesgo de contradicción ante la aplicación paralela de ambas normas; y, (iv) el mercado regulado pueda verse afectado por esta contradicción. Cuando se admite la aplicación paralela, las normas de competencia se aplican solo si existen infracciones independientes a las regulatorias. Al igual que en el caso canadiense, estos criterios resultan compatibles con nuestro ordenamiento por cuanto las autoridades administrativas y judiciales peruanas se encuentran obligadas a interpretar la voluntad del legislador; el principio de conservación de normas aconseja en nuestro país privilegiar las interpretaciones que admiten la validez de ambas normas; y, la prohibición de aplicar una doble sanción por el mismo fundamento (*bis in idem*) exige que una eventual sanción por libre competencia tenga un fundamento distinto.

La relación entre normas federales sectoriales y leyes antitrust norteamericanas plantean la interrogante sobre la primacía normativa y la determinación del órgano competente para conocer algunas conductas que podrían ser consideradas anticompetitivas. La respuesta no se encuentra expuesta en una norma o código, sino que ha sido otorgada por las cortes norteamericanas, en particular, la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha basado su respuesta en la búsqueda de la intención legislativa. La jurisprudencia norteamericana ha diferenciado dos supuestos: aquellos en los que el Congreso ha

definido expresamente la primacía de una norma y otros en los que no hay una solución clara a nivel legislativo.

Así, en algunos casos la regulación sectorial indicará específicamente su primacía sobre las normas *antitrust*²⁷ y en otros la propia regulación especificará la concurrencia tanto de las normas sectoriales como las de defensa de la competencia²⁸; en cuyo supuesto, la entidad sectorial federal y las Cortes aplicarán sus respectivas leyes. Pero cuando existe un total silencio por parte de la legislación sectorial o cuando éstas indican de manera general o poco clara alguna primacía sobre las leyes *antitrust*; las Cortes deben determinar si esta opción legislativa abarca el caso concreto de la conducta anticompetitiva denunciada. En estos casos, resulta frecuente que las empresas denunciadas aleguen la existencia de un desplazamiento tácito de la regulación; para que la conducta no pueda ser enjuiciada a la luz de las leyes *antitrust*²⁹: esto es lo que se conoce como la doctrina de la “inmunidad implícita”.

Los orígenes de esta doctrina pueden remontarse hasta los años 30 del siglo pasado. En *United States vs. Borden*³⁰, la Corte Suprema declaró que los demandados, que habían incurrido en prácticas de concertación del precio y volumen de leche puesto en el Medio Oeste, no gozaban de inmunidad en base a la *Agricultural Marketing Agreement Act* de 1937 o la *Capper-Volstead Act*. De un lado, consideró que la jurisdicción del Ministerio de Agricultura, en virtud de la *Capper-Volstead Act*, no impedía aplicar las normas de competencia. Del otro, concluyó que si bien los acuerdos de marketing sobre leche debían ser aprobados por el Ministro de Agricultura, no había una repugnancia positiva (*positive repugnancy*) entre dicha norma y la norma de competencia, por lo que el esquema regulatorio no impedía la aplicación de las prohibiciones y sanciones de la norma de competencia.

Uno de los pocos casos seminales donde el Tribunal Supremo otorgó inmunidad implícita fue *Pan American World Airways vs. United States*³¹, donde se consideró que el reparto de rutas de Sudamérica y Centroamérica se encontraba

²⁶ KATZ. Ob. Cit., p. 731.

²⁷ Un ejemplo de este caso es la *Webb-Pomerene Act*, 15 U.S.C. § 62, ejemplo citado en la Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el Asunto *Credit Suisse Securities (USA) LLC Fka Credit Suisse First Boston Llc, Et Al. vs. Billing Et Al.* N° 05-1157. Certiorari to the united states court of appeals for the second circuit.

²⁸ Por ejemplo, la *Telecommunications Act* de 1996, 47 U.S.C. § 152.

²⁹ SULLIVAN, Lawrence y Warren GRIMES. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. Minnesota: West Group, 2000, p. 138.

³⁰ *United States v. Borden Co.*, 308 U.S. 188 (1939).

³¹ *Pan American World Airways vs. United States*, 371 U.S. 296 (1963).

inmune a las normas de competencia debido al intrusivo esquema regulatorio previsto en la Ley de Aeronáutica Civil de 1938³². La Corte consideró que el esquema regulatorio había modificado el sistema competitivo, además que la Civil Aeronautics Board (CAB) tenía el poder para aprobar, modificar y prohibir conductas como en la que incurrieron los demandados, teniendo por lo tanto, jurisdicción exclusiva.

En *United States vs. Philadelphia National Bank*³³, la Corte Suprema estableció que una fusión aprobada por el *Currency Comptroller* no era implícitamente inmune a las normas de competencia, debido a que la autoridad regulatoria del *Comptroller* no incluía la defensa de la competencia y la industria bancaria no se encontraba sujeta a regulación intrusiva. En dicha oportunidad, el Tribunal estableció que el desplazamiento excepcional de las normas de competencia por estatutos regulatorios sólo puede admitirse en casos de “*clara repugnancia entre los preceptos antitrust y regulatorios*”³⁴.

En *Otter Tail Power Co. vs. United States*³⁵, la Corte Suprema tampoco confirió la inmunidad implícita a una compañía acusada de monopolizar el mercado de distribución minorista de energía eléctrica en partes de Minnesota y Dakota del Norte y del Sur; debido a que, la autoridad regulatoria, la *Federal Power Commission*, no había ejercido su autoridad para obligar a que se realizara la interconexión de redes.

Los casos que van a terminar por dar forma a la doctrina de la inmunidad implícita son los vinculados con la regulación del mercado de valores, donde existía una fuerte intervención de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) para controlar la actividad auto-regulatoria de las Bolsas de Valores. **En *Silver v. New York Stock Exchange (NSE)*³⁶, un corredor de bolsa, que no era parte de la NSE, denunció que la NSE -sin previo aviso- había cortado el acceso telefónico directo a información necesaria para participar en la NSE. La NSE alegó inmunidad implícita, pero la Corte Suprema declaró que**

no había incompatibilidad entre la *Securities Exchange Act* y la norma de competencia y que las capacidades de autorregulación otorgadas a las Bolsas de Valores no admitían conductas como la denunciada. El Tribunal declaró que la inmunidad implícita era una excepción que sólo debía ser admitida si resultaba “necesaria para el funcionamiento de la *Securities Exchange Act*, e incluso solo en la extensión mínima necesaria”³⁷.

En *Gordon v. New York Stock Exchange*³⁸ los demandantes, en representación de pequeños inversionistas, demandaron a la NSE y otras bolsas por el sistema concertado de fijación de tarifas de comisión cobradas por los corredores de bolsa. La Corte estimó que el Congreso había otorgado a la SEC la posibilidad de fijar tarifas razonables de comisiones. En tal sentido, la Corte consideró que las normas que regulaban el mercado de valores implícitamente imposibilitaban la aplicación de las normas de competencia y que, de otra forma, las Bolsas de Valores y sus miembros tendrían que enfrentarse a estándares contradictorios entre la SEC y las Cortes. A diferencia de lo que sucedía en *Silver*, que también involucraba la intervención de la SEC, la Corte consideró que en *Gordon*, la SEC sí contaba con la autoridad específica para aprobar o permitir la conducta denunciada y dicha autoridad había sido ejercida, habiendo estudiado continuamente los efectos de las comisiones acordadas en el mercado de intercambio de valores y que había requerido formalmente a las Bolsas de Valores que modifiquen sus tarifas cuando determinaba que ello resultaba conveniente para la industria³⁹.

Finalmente, en *United States v. National Association of Securities Dealers Inc. (NASD)*⁴⁰, se demandó a las compañías de fondos mutuos, a los comerciantes y corredores de bolsa, que habían acordado entre sí los precios de reventa de fondos mutuos (acuerdos horizontales y acuerdos verticales), es decir, los precios a los que los comerciantes y corredores venderían o comprarían la participación en los fondos mutuos a los inversionistas. Por un lado, la Corte

³² Civil Aeronautics Act.

³³ *United States vs. Philadelphia National Bank* 374, U.S. 321 (1963).

³⁴ *United States vs. Philadelphia National Bank* 374, U.S. 321 (1963).

³⁵ *Otter Tail Power Co. vs. United States* 410 U.S. 366 (1973).

³⁶ *Silver vs. New York Stock Exchange* 373 U.S. 341 (1963).

³⁷ Traducción libre de: “[r]epeal of the antitrust laws is to be regarded as implied only if necessary to make the Securities Exchange Act work, and even then only to the minimum extent necessary.” *Silver vs. New York Stock Exchange* 373 U.S. 341 (1963).

³⁸ *Gordon vs. New York Stock Exchange, Inc.*, 422 U.S. 659 (1975)

³⁹ KAHN, J. From Borden to Billing: Identifying a uniform approach to implied antitrust immunity from the Supreme Court’s precedents, en: 83 Chi.-Kent Law Review 1439, 2008, p. 5.

consideró que la regulación sectorial emitida por el Congreso (*Investment Company Act*) autorizaba a la SEC para permitir este tipo de acuerdos, por lo que concluyó que había inmunidad implícita. Por otro lado, en lo que respecta a los acuerdos horizontales, la Corte consideró que la norma regulatoria en cuestión no había autorizado a la SEC para permitir o supervisar dicha conducta, pero otorgó inmunidad implícita debido a la intrusiva autoridad regulatoria de la SEC, que exigía que la asociación de comerciantes obtengan la aprobación de la SEC de sus reglas operativas, pudiendo la SEC incluso modificar dichas reglas. Así, a criterio de la Corte, la inmunidad implícita resultaba necesaria para garantizar la autoridad regulatoria de la SEC y el funcionamiento del esquema regulatorio en su conjunto.

La jurisprudencia de la Corte Suprema admitía entonces la inmunidad implícita aun sin desarrollar criterios sistematizados para acoger esta doctrina. Este panorama cambiaría con el caso *Credit Suisse Securities (USA) LLC vs. Billing*⁴¹. En este caso, la Corte debía resolver la demanda contra diez bancos de inversión que actuaban como aseguradoras (*underwriters*) en la comercialización de diversos valores que habrían acordado vender acciones únicamente a quienes se comprometieran a comprar posteriormente acciones adicionales a precios superiores (*laddering*), a pagar comisiones inusualmente altas en futuras compras de valores y a comprar otros valores menos atractivos (*tying*)⁴².

En este caso, según el Tribunal Supremo, la aplicación de la regulación federal del mercado de valores impediría aplicar las prohibiciones contenidas en las normas de competencia, operando una inmunidad implícita. Para ello, la Corte Suprema revisó la jurisprudencia, en particular sus fallos en *Gordon* y *NASD*, y concluyó que deben concurrir cuatro requisitos

para determinar la existencia de una inmunidad implícita: (i) que exista una autoridad regulatoria que supervise las conductas en cuestión; (ii) que exista evidencia de que dicha entidad regulatoria ejerce su autoridad; (iii) que haya riesgo de contradicción frente a la aplicación paralela de la norma regulatoria y las leyes de competencia; y, (iv) que el mercado regulado pueda verse afectado por esta contradicción⁴³. Así, como regla general se deberá optar por admitir la compatibilidad y aplicación de ambos cuerpos normativos o, en último caso, aceptar la primacía de las normas sectoriales sólo en la medida que resulte necesaria para garantizar la efectividad del modelo regulatorio.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo en el caso *Trinko*⁴⁴ puede ayudarnos a ilustrar cómo resolver los casos donde se admite la subsistencia y compatibilidad de ambas normas. *Trinko* denunció que Verizon, un operador dominante del servicio portador local de telecomunicaciones en el Estado de New York, se había negado a atender -o había atendido tardíamente- las solicitudes de acceso a los soportes de sus sistemas operativos efectuadas por las empresas competidoras; generando un efecto exclusorio en el mercado. Estos hechos motivaron una denuncia por trasgredir la obligación de compartir su red impuesta por el 251 de la *Telecommunications Act* (1996), así como por desarrollar actos de monopolización sancionables por el 2 de la *Sherman Act*.

La Corte no admitió la inmunidad implícita, atendiendo a la declaración específica de la Sección 601(b) de la *Telecommunications Act* que disponía que “*nada en esta Ley o en sus modificaciones debe ser entendida en el sentido de modificar, perjudicar o reemplazar la aplicación de las leyes antitrust*”⁴⁵. Así, el Tribunal declaró que ambos cuerpos normativos podían teóricamente

⁴⁰ United States v. National Association of Securities Dealers Inc. 422 U.S. 694 (1975).

⁴¹ Credit Suisse Securities (USA) LLC Fka Credit Suisse First Boston Llc, Et Al. v. Billing Et Al. No. 05-1157. Certiorari to the united states court of appeals for the second circuit.

⁴² MARCOS, Francisco. ¿Hacia una reformulación del Derecho de Defensa de la Competencia por el Tribunal Supremo Norteamericano?, en: Boletín Latinoamericano de Competencia 25, Febrero 2009, p. 73.

⁴³ “Moreover, *Gordon* and *NASD*, in finding sufficient incompatibility to warrant an implication of preclusion, have treated the following factors as critical: (1) the existence of regulatory authority under the securities law to supervise the activities in question; (2) evidence that the responsible regulatory entities exercise that authority; and (3) a resulting risk that the securities and antitrust laws, if both applicable, would produce conflicting guidance, requirements, duties, privileges, or standards of conduct. We also note (4) that in *Gordon* and *NASD* the possible conflict affected practices that liesquarely within an area of financial “. Credit Suisse Securities (USA) LLC Fka Credit Suisse First Boston Llc, Et Al. v. Billing Et Al. No. 05-1157. Certiorari to the united states court of appeals for the second circuit.

⁴⁴ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, , LLP. 540 U.S. 398 (2004).

⁴⁵ Traducción libre de: “nothing in this Act or the amendments made by this Act shall be construed to modify, impair or supersede the applicability of any of the antitrust laws”. Sección 601(b) de la *Telecommunications Act* de 1996, 110 Stat. 143, 47 U.S.C. § 152, note.

aplicarse sobre una misma conducta; siempre que se trate de infracciones independientes (y no derivadas la una de la otra). Así, luego de revisar los casos líderes sobre negativas de trato (*refusals to deal*), el Tribunal concluyó que no había una obligación derivada de las normas de competencia por la que Verizon debiera otorgar acceso a sus redes⁴⁶: “En el presente caso, por contraste, los servicios que habrían sido denegados no son ofrecidos al público. La obligación de compartir impuesta por la Ley de 1996 creó “algo nuevo” - el mercado mayorista para el alquiler de redes (...) son ofrecidos por mandato de la Ley de 1996 y no son ofrecidos a los consumidores sino a los competidores, a un esfuerzo y costo considerables”.

Por último, la Corte señaló *in dicta* que “Un factor de particular importancia es la existencia de una estructura regulatoria diseñada para desincentivar y remediar el daño anticompetitivo. Donde existe tal estructura, el beneficio adicional a la competencia que provee el cumplimiento de las leyes antitrust tenderá a ser pequeño”⁴⁷.

Recientemente, la Corte profundizó su pronunciamiento en *Trinko* en el caso *Pacific Bell vs. Linkline*. Linkline, quien representaba a un conjunto de proveedores independientes de internet que compite con AT&T en el mercado minorista de acceso a internet por banda ancha DSL, demandó a AT&T por realizar *price squeeze*⁴⁸ en la provisión del servicio mayorista portador de transporte de la señal, con el objetivo de favorecer su propia actividad económica en el servicio minorista de provisión de DSL.

La Federal Communications Commission (FCC) había impuesto previamente a AT&T, como condición para permitir una reciente operación de concentración, la obligación de proveer el servicio mayorista de transporte de DSL a operadores independientes, a un precio no mayor que el precio minorista que cobraba AT&T por su

servicio DSL. La Corte en *Pacific Bell* se centró en analizar si puede proceder una demanda por *price squeeze*, cuando el demandado no tiene un deber de contratar con el competidor minorista bajo las leyes *antitrust*.

La Corte consideró que el razonamiento en *Trinko* se aplicaba también a *Pacific Bell*, puesto que “una firma sin un deber *antitrust* de contratar en el mercado mayorista, tampoco tiene obligación de contratar bajo términos y condiciones favorables a sus competidores”⁴⁹. En este orden de ideas, la Corte relaciona *Trinko* con *Pacific Bell*, puesto que en el primer caso se alegaba que Verizon otorgaba malas condiciones en su transacción en términos de calidad, mientras que en el segundo *Pacific Bell* otorgaba condiciones desfavorables en términos de precios. El Tribunal consideró que en ambos casos, el marco regulatorio genera una obligación independiente que no puede ser trasladada a las leyes *antitrust*, que no contienen una obligación de colaborar con los competidores, por lo que aun cuando admite la subsistencia de ambos cuerpos normativos, considera que no existe una pretensión *antitrust* amparable.

En resumen, la postura del Tribunal Supremo norteamericano ha sido la de atender a la voluntad del legislador para definir en qué casos las normas de competencia deben retroceder frente a las regulaciones sectoriales, teniendo en consideración aspectos como los posibles conflictos que podrían surgir entre ambas normas y la existencia de un esquema regulatorio intrusivo que haga innecesaria la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. La doctrina de la inmunidad *antitrust* implícita aparece como una excepción a la regla de la compatibilidad de las normas *antitrust* y las regulaciones sectoriales. En este contexto, la aplicación paralela de ambos cuerpos normativos resulta legalmente posible, pero siempre que los hechos generen infracciones independientes entre sí.

⁴⁶ Traducción libre de: “In the present case, by contrast, the services allegedly withheld are not otherwise marketed or available to the public. The sharing obligation imposed by the 1996 Act created “something brand new” – “the wholesale market for leasing network elements” (...); they are brought out on compulsion of the 1996 Act and offered not to consumers but to rivals, and at considerable expense and effort”. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* 540 U.S. 398 (2004)

⁴⁷ Traducción libre de: “One factor of particular importance is the existence of a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm. Where such a structure exists, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny”. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP* 540 U.S. 398 (2004).

⁴⁸ Este tipo de conducta requiere que una empresa dominante opere en un mercado mayorista (aguas arriba) y un mercado minorista (aguas abajo). En el mercado mayorista, el dominante vende un insumo a un competidor del mercado minorista, a un precio tal, que dicho competidor queda con un mínimo o inexistente margen de ganancias; es decir, se incrementan sus costos.

⁴⁹ Traducción libre de: “a firm with no antitrust duty to deal in the wholesale market has no obligation to deal under terms and conditions favorable to its competitors.” *Pacific Bell Telephone Co., DbA AT&T Cali-Fornia, Et Al. v. Linkline Communications, Inc., Et Al.* Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit.

3. Metodología Propuesta

Sobre la base de las experiencias analizadas, que son aplicables a nuestro país, en particular las de Estados Unidos y Canadá, proponemos un test de cinco pasos como metodología que permita a las agencias de competencia mejorar los procesos internos para identificar si una conducta está (o no) regulada y si puede aplicarse en paralelo a las normas de competencia.

1. ¿La obligación regulatoria involucrada tiene por objeto o efecto -aparentes- desincentivar un daño al proceso de competencia?

- No: No tenemos un caso de libre competencia
- Sí: Seguir el análisis

Nota: Existen algunas obligaciones regulatorias, como las de acceso universal, acceso a infraestructura de uso público y en general aquellas que obligan a una empresa a colaborar con sus rivales, que claramente no están diseñadas para desincentivar y remediar un daño al proceso de competencia (Paneles Napsa, Tele2000-Bellsouth). Estos supuestos pueden identificarse rápidamente mediante una mirada rápida al caso: este es el primer paso del test.

2. ¿La regulación sectorial declara expresamente que desplaza a las normas de competencia?

- Sí: No tenemos un caso de libre competencia
- No: Seguir el análisis

Nota: El segundo paso es excluir los supuestos donde se desplaza expresamente la aplicación de las normas de competencia. Si esto ocurre, no habrá potencial conflicto entre agencias de competencia y organismos reguladores.

3. ¿Hay riesgo de contradicción frente a la aplicación paralela de la norma regulatoria y las leyes de competencia?

- Sí: No tenemos un caso de libre competencia (desplazamiento tácito)
- No: Seguir el análisis

Nota: El tercer paso es determinar si existe la voluntad tácita de desplazar a las normas de competencia. Para ello, la autoridad de competencia debe preguntarse sobre si su intervención generaría un resultado contradictorio al previsto en la regulación sectorial, pues de ocurrir únicamente será aplicable las normas sectoriales.

4. ¿La intensidad del esquema regulatorio y su supervisión ejercida por el Regulador permiten inferir el desplazamiento tácito?

- Sí: No tenemos un caso de libre competencia (desplazamiento tácito)
- No: Seguir el análisis

Nota: El cuarto paso es determinar si existe la voluntad tácita de desplazar a las normas de competencia, a partir de la intensidad del esquema regulatorio y la supervisión que en la práctica realiza el Regulador.

5. ¿Existe una obligación independiente derivada de las normas de competencia?

- No: el Organismo Regulador es competente
- Sí: la Agencia de Competencia y el Organismo Regulador son competentes

Nota: En el paso final corresponde preguntarse si es posible la aplicación paralela de ambos cuerpos, esto es, si existen dos obligaciones independientes derivadas de la regulación sectorial y las normas de competencia.

4. Aplicación práctica de nuestra metodología

En esta última sección, aplicaremos nuestra metodología a los casos emblemáticos -resueltos en Perú-, a fin de mostrar cómo funcionaría en la práctica seguir un razonamiento más estructurado al momento de juzgar este tipo de casos:

Tele2000 (Bellsouth).-

1. ¿La obligación regulatoria involucrada tiene por objeto o efecto -aparentes- desincentivar un daño al proceso de competencia?

La barrera a la entrada no ha sido causada por una estrategia comercial, sino por el esquema regulatorio. No tenemos un caso de libre competencia.

CATV.-

1. ¿La obligación regulatoria involucrada tiene por objeto o efecto -aparentes- desincentivar un daño al proceso de competencia? La obligación regulatoria de dar acceso a infraestructura de uso público, creada por la Ley 28295, no tiene en este caso efecto sobre el proceso de competencia, dado que las partes no compiten actual o potencialmente entre sí. No tenemos un caso de Libre Competencia.

Paneles Napsa.-

1. ¿La obligación regulatoria involucrada tiene por objeto o efecto -aparentes- desincentivar un daño al proceso de competencia? El fundamento detrás de esta regulación era la obligación de acceso universal, objetivo redistributivo que requiere subsidios, creada

en telecomunicaciones y energía para que todos los usuarios finales tengan acceso a servicios de una calidad especificada y a un precio asequible (con independencia de las condiciones de oferta y demanda). Esta obligación regulatoria no está diseñada para desincentivar un daño al proceso de competencia. No tenemos un caso de libre competencia.

Nota: En este caso, en caso se hubiera partido de la premisa que ambas normas pueden aplicarse en paralelo, podría haberse analizado si la negativa a contratar se debía a un acuerdo oculto entre la distribuidora y algún competidor de Paneles Napsa para excluir a éstos del mercado aguas abajo.

Termoselva.-

1. ¿La obligación regulatoria involucrada tiene por objeto o efecto -aparentes- desincentivar un daño al proceso de competencia? Es difícil responder esta pregunta, a partir de una mirada rápida, por la complejidad de la regulación involucrada.
2. ¿La regulación sectorial declara expresamente que desplaza a las normas de competencia? No.
3. ¿Hay riesgo de contradicción frente a la aplicación paralela de la norma regulatoria y las leyes de competencia? No. La regulación sectorial se limita a establecer la obligatoriedad de informar el costo combustible, en base al contrato de suministro y la factura correspondientes, a fin de que el orden en que se llama a producir a las unidades de generación se de en función de los costos combustibles asumidos en la realidad.
4. ¿La intensidad del esquema regulatorio y su supervisión ejercida por el Regulador permiten inferir el desplazamiento tácito?
El esquema regulatorio resultaba altamente comprensivo y complejo, pero no hay razón técnica que nos haga pensar que la obligación de informar costos estaba pensada para desincentivar un daño al proceso de competencia en el mercado spot.

5. ¿Existe una obligación independiente derivada de las normas de competencia? En la medida que, el COES no es un organismo público, sino un organismo conformado por privados, que tienen intereses privados, y algunas funciones públicas delegadas, es posible que se configure un *boicot* anticompetitivo, que constituiría una obligación independiente de la de informar los costos combustibles.

Nextel.-

1. ¿La obligación regulatoria involucrada tiene por objeto o efecto -aparentes- desincentivar un daño al proceso de competencia? Sí, la obligación de interconexión en sí misma busca desincentivar la creación de un monopolio natural y la competencia entre redes rivales, de manera que todos los rivales gocen de iguales externalidades de red⁵⁰.
2. ¿La regulación sectorial declara expresamente que desplaza a las normas de competencia? No.
3. ¿Hay riesgo de contradicción frente a la aplicación paralela de la norma regulatoria y las leyes de competencia?
Sí, en este caso la obligación de negociar un acuerdo de interconexión, bajo riesgo de que el Regulador imponga un mandato, está pensada para evitar una negativa injustificada a contratar; que es precisamente lo que se discutiría en una denuncia de libre competencia⁵¹.

Alfagas.-

1. ¿La obligación regulatoria involucrada tiene por objeto o efecto -aparentes- desincentivar un daño al proceso de competencia? No, su fundamento es bastante vago y más parece ser un deseo de asegurar al consumidor la permanencia de un número determinado de cilindros en el mercado. No estamos frente a una obligación que busque desincentivar un daño al proceso de competencia. El eventual incumplimiento de la obligación regulatoria era competencia del Regulador.
Nota: Un supuesto distinto, como el de una empresa que adoptara la estrategia

⁵⁰ La prestación de servicios apoyados en redes se caracteriza porque, a medida que se incrementa el número de usuarios, los costos unitarios tienden a reducirse (economías de escala). Más aún, en zonas donde hay mayor volumen de usuarios, los costos por unidad transportada pueden tender a ser aún menores. Conforme más grande sea la red, más externalidades positivas para los usuarios; quienes podrán comunicarse con más personas y tendrán fuertes incentivos para preferir utilizar las redes más grandes. A mayores externalidades de red, mayores opciones existen que se cree un monopolio natural. La interconexión de redes competidoras es una regulación cuyo fundamento es que el tamaño de las redes no genere una ventaja competitiva al dominante y, por tanto, evitar que aparezca un monopolio natural.

de destruir los balones de GLP de una empresa competidora con la finalidad de desabastecerla de un insumo y hacer más costosa su actividad de envase, sí podría suponer una infracción de las normas de libre competencia y motivar la actividad de *enforcement* de INDECOPI.

Fetrans.-

1. ¿La obligación regulatoria involucrada tiene por objeto o efecto -aparentes- desincentivar un daño al proceso de competencia? El fundamento detrás de la obligación de no discriminación, para los casos donde existe una empresa verticalmente integrada, es equivalente a la obligación de neutralidad; que busca prohibir que el monopolista verticalmente integrado se otorgue a sí mismo un trato más beneficioso que a sus competidores aguas arriba y aguas abajo, quienes no pueden por definición contestar su monopolio⁵². La aplicación de esta

regulación busca precisamente que no se restrinja el proceso de competencia.

2. ¿La regulación sectorial declara expresamente que desplaza a las normas de competencia? El Contrato de Concesión no rechazaba la aplicación de las normas de Libre Competencia, sino que admitía que el concesionario podía ser sujeto pasible de sanción por INDECOPI.
3. ¿Hay riesgo de contradicción frente a la aplicación paralela de la norma regulatoria y las leyes de competencia? Sí. Las normas de competencia no presuponen la existencia de un deber de un agente económico de conceder o facilitar un recurso a un eventual competidor. En cambio, el contrato de concesión preveía una obligación de no discriminación que obligaba a Fetrans a darle a su vinculada un trato igualitario que a los competidores aguas abajo.

⁵¹ Existe un procedimiento específico supervisado por OSIPTEL para garantizar la interconexión de redes de telecomunicaciones y evitar la afectación de la posición competitiva del solicitante de la interconexión. Este procedimiento incluye un esquema de negociación supervisada de la interconexión de redes, y en última instancia, la posibilidad de que OSIPTEL pueda dictar un mandato de interconexión. De este modo, una eventual calificación "anticompetitiva" del contenido de un contrato de interconexión o de un mandato de interconexión podría ir en contradicción contra el ejercicio de la autoridad regulatoria de OSIPTEL, lo que podría suceder en el caso denunciado por Nextel, donde los cargos de terminación para llamadas *off net* estaban incorporados en el contrato de interconexión celebrado con Telefónica Móviles y aprobado por la Gerencia General de OSIPTEL.

⁵² Es importante recordar que, para una empresa dominante verticalmente integrada, no está en principio prohibido darle a su vinculada un mejor trato que a su competidor aguas arriba o aguas abajo. Ello, por cuanto las restricciones verticales pueden crear eficiencias en distribución y son contestables mediante acuerdos comerciales similares (o una integración vertical). El fundamento detrás de la obligación aplicable a las generadoras de comercializar energía a través del mercado spot (COES), es garantizar el abastecimiento de energía eléctrica y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos al menor costo posible. La aplicación de esta regulación presupone un proceso de competencia entre generadores, por lo que estamos frente a un potencial conflicto entre ambos cuerpos normativos. En este caso, ninguna de las partes asumió que la existencia de una regulación desplazaba en automático la aplicación de las normas de competencia (como en Paneles Napsa). Por el contrario, ambas empresas profundizaron en las características del modelo (por ejemplo, existencia de un procedimiento específico para la conducta cuestionada, la existencia de mecanismos de revisión de la decisión del COES, la supervisión del Organismo Regulador, entre otros) para sustentar si existía o no un desplazamiento tácito de las normas de competencia.