

Estado versus Estado: las exenciones a la aplicación de la Ley de Libre Competencia*

Andrés Calderón López**

SUMILLA

Defensor y enemigo. Son los roles contradictorios del Estado en cuanto a la Libre Competencia. Llamado a defenderla con una norma y una institución, también soporta –y en ocasiones sucumbe a– los incentivos para ir en su contra. Esto sucede cuando el Estado crea exenciones a las leyes de defensa de la Competencia, es decir, ampara conductas anticompetitivas. El presente artículo estudia esta paradoja, repasa la experiencia nacional y comparada de estos duelos de Estado vs. Estado, y propone alternativas de solución a esta situación de conflicto.

1. Introducción: Historia de un conflicto

Hace mucho tiempo, en un país muy muy lejano, la autoridad nacional de Defensa de la Competencia conducía una muy diligente investigación de un aparente cártel de precios. Las tareas de inteligencia habían tomado semanas y el punto culminante de la labor llegó con una visita inspectiva en las oficinas administrativas de las principales empresas dedicadas al cultivo, envase y comercialización de arándanos. En esta inspección la autoridad encontró las pruebas necesarias para concluir que, efectivamente, los competidores de este mercado se habían cartelizado para incrementar, paulatinamente, los precios de los arándanos en lata.

Sorprendentemente, días antes de que la autoridad administrativa incoara el inicio del expediente sancionador contra todas las empresas participantes del cártel, el ministro de industrias nacionales emitió un Decreto Supremo por el cual señalaba que era de interés nacional garantizar el adecuado nivel de producción y rentabilidad de la industria del arándano. Por tal razón, la referida norma establecía que tal industria no podría estar sujeta al control de la agencia de competencia nacional, que finalmente desistió de iniciar el procedimiento sancionador.

En otra ocasión, la agencia de competencia se encontraba próxima a emitir una resolución final en el caso que seguía a la empresa dominante en la administración del puerto más importante del litoral del país por una supuesta negativa injustificada de trato. En paralelo, esta empresa se encontraba renegociando con el Estado el contrato de concesión para la administración del puerto. La modificación contractual culminó antes del procedimiento sancionador. En el contrato de concesión se incluyó una disposición que establecía lo siguiente: “se entiende que desde el inicio de la concesión, el administrador portuario se encuentra habilitado, con total discrecionalidad, a negarse a prestar sus servicios”. El escueto pronunciamiento final de la autoridad de competencia declaraba la sustracción de la materia, al haber quedado esclarecido que la conducta denunciada estaba legalmente permitida por el propio contrato de concesión.

Los episodios descritos parecen extraídos de un cuento de terror de las agencias de competencia. Si bien se tratan de casos recreados, esta ficción no necesariamente es tan distinta de la realidad. En ambos supuestos es la intervención del Estado la que impide la actuación y aplicación de la autoridad y legislación de competencia, respectivamente. En el primer caso, era un Decreto

* El presente artículo toma como base y actualiza algunos capítulos de la tesis del mismo autor titulada: “Estado versus Competencia: Cuando el Estado provoca el incumplimiento de las leyes de defensa de la competencia”.

Dedicado a las personas que más me ayudaron a culminar una casi inculminable tesis: Luis Diez Canseco y José Juan Haro; y a la persona que más me motivó: Bambu.

** Profesor de Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ex Coordinador Legal de la Sala de Defensa de la Competencia y de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI. El contenido del presente artículo refleja la opinión personal del autor y no compromete a ninguna de las instituciones en las que se desempeña.

Supremo el que exoneraba a todo un sector económico de la sujeción a la Ley. En el segundo supuesto, se trataba de un contrato celebrado con el Estado el que otorgaría licitud a la presunta conducta anticompetitiva llevada a cabo por una empresa dominante.

Las coincidencias entre ambos supuestos no se restringen a la intervención estatal que ampara la aparente comisión de prácticas anticompetitivas. En ambos supuestos, esta actuación estatal permisiva surge, llamativamente, después de una acción concreta de la agencia de competencia. En el primer caso, después de la visita inspectiva en la que se habían encontrado las evidencias de una colusión; y en el segundo, después del inicio del procedimiento sancionador en contra de la empresa investigada, pero de manera previa a la emisión de la resolución final.

Podría tratarse efectivamente de una mera coincidencia, pero también podría reflejar un patrón común de acción: la agencia de competencia interviene para defender el proceso competitivo, y los agentes anticompetitivos acuden a otras entidades o funcionarios públicos para obtener protección de estos últimos. Es decir, los funcionarios públicos serían “capturados” por los operadores privados que infringen la Ley *antitrust*. Lo peculiar en este caso sería que los funcionarios capturados no serían los encargados de aplicar la Ley, sino otros funcionarios con aparente capacidad de influencia para crear supuestos de excepción en la Ley de competencia.

Defensor y enemigo. Esos son los roles contradictorios que parecería adoptar el Estado en cuanto a la Libre Competencia en casos como los descritos. Aunque en principio destina recursos a proteger la Libre Competencia a través de instrumentos normativos y un aparato institucional, también soporta -y en ocasiones sucumbe- a los incentivos para ir en contra del propio andamiaje creado y destinado a su protección. Esta situación se presenta cuando el Estado crea exenciones legales a la aplicación de la legislación de Defensa de la Competencia, otorgando libertad a los agentes económicos para realizar conductas anticompetitivas.

El objeto del presente artículo es estudiar el complicado asunto de las exenciones legales, entendidas éstas como los supuestos en los que la intervención estatal (a través de normas, actos administrativos o actuaciones materiales) exonera a un determinado agentes del cumplimiento de la norma *antitrust*. Así, trataremos de entender

por qué ocurre esta paradoja, y a partir de la revisión de la experiencia nacional y comparada, analizaremos luego cuáles son las mejores formas para abordar estos casos de duelo de Estado *versus* Estado. Finalmente, propondremos alternativas de solución a esta situación de conflicto.

2. “El conflicto internacional”: la experiencia comparada sobre las exenciones legales

Para efectos de nuestro estudio, que tiene una aproximación esencialmente casuística, en el presente capítulo revisaremos la práctica comparada más relevante sobre casos de exenciones legales, poniendo énfasis en las soluciones legales y jurisprudenciales que se han dado en España, Estados Unidos y la Unión Europea, a las interrogantes que genera la intervención estatal susceptible de ocasionar la exención de la aplicación de la legislación de Libre Competencia.

2.1 La práctica española

La experiencia española es, generalmente, considerada como un referente para la práctica legislativa y jurisprudencial peruana, y ello no es la excepción en el caso del Derecho de la Competencia. Adicionalmente, el ordenamiento español es probablemente el que haya abordado con mayor profundidad el asunto de las exenciones legales que pueden afectar la aplicación de la legislación de Defensa de la Competencia, dentro de los sistemas jurídicos de habla hispana.

La Ley de Defensa de la Competencia (LDC) española vigente contiene en su artículo 4° una disposición de particular relevancia en la materia objeto de investigación, al señalar textualmente lo siguiente:

Artículo 4°. Conductas exentas por Ley.

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

2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

El citado artículo establece un límite para la aplicación de la Ley de defensa de la Libre Competencia al disponer que las conductas anticompetitivas ahí prohibidas se encuentren exentas de sanción cuando resultan de la aplicación de una Ley. De este modo, este amparo legal permitiría la licitud de las conductas de los agentes económicos que puedan constituir un abuso de posición de dominio, una conducta colusoria o una afectación a la competencia por la comisión de actos desleales. Si bien, en principio, la autoridad administrativa es competente para conocer los presuntos actos anticompetitivos cometidos, se consideran exentas de sanción, es decir, dejan de ser antijurídicas debido a la aplicación de la exención legal¹.

El fundamento de dicha disposición consiste en permitir que el legislador pueda conseguir objetivos específicos, distintos de la protección del proceso competitivo, aun cuando el medio para lograrlo consista en amparar la realización de determinadas conductas que tengan por efecto la restricción de la competencia.

Así, aún cuando la competencia es un objetivo tutelado por el Estado debido a los efectos beneficiosos que tiene sobre los consumidores y el sistema económico en general, existen otros objetivos de diversa índole que pueden entrar en oposición con el de la protección de la Libre Competencia, el cual no es un valor absoluto que deba ser protegido necesariamente por encima de cualquier otro bien jurídico². Así, Baño León refiere que:

La exención legal se fundamenta en un criterio: el interés público consistente en que la Defensa de la Competencia no debe prevalecer frente a otros intereses públicos que aconsejan su restricción³.

De esta forma, más allá de un eventual cuestionamiento a la validez constitucional de una exención legal, debe tenerse en cuenta que la Constitución española no define los parámetros exactos de las conductas anticompetitivas que deben ser prohibidas. Estos parámetros serán definidos recién en el nivel legislativo. En tal sentido, también a nivel legislativo podría admitirse, en principio, la exoneración de algunas conductas anticompetitivas específicas, sin que dicha decisión haya sido vedada por la Constitución.

En este orden de ideas, en puridad, no sería necesario que exista una disposición como la del artículo 4° de la LDC para lograr esta excepción a la protección del proceso competitivo. Teniendo en cuenta que la LDC es una Ley ordinaria, bastaba únicamente que una Ley posterior establezca una excepción similar para un caso concreto⁴. Es un principio general del derecho el que una Ley posterior pueda derogar o exceptuar una Ley previa del mismo rango. Los principios de *lex posteriori* y especialidad permiten dar solución al referido potencial conflicto de normas en el tiempo.

Habiendo determinado la posibilidad de que una Ley posterior establezca una excepción al cumplimiento de las disposiciones en materia de Defensa de la Competencia, sin necesidad de que ello se encuentre contemplado en la propia LDC, ¿cuál sería entonces la finalidad práctica del artículo 4° en la LDC?

Creemos que, el citado dispositivo de la LDC cumple con dos objetivos. En primer lugar, permite advertir de manera clara a las empresas y a la autoridad de competencia que solo el ejercicio de la voluntad del legislador permitirá la exoneración de responsabilidad de las primeras en caso de infracción a la LDC. De este modo, es preferible que sea la propia LDC aplicada por la autoridad

¹ Ver REBOLLO PUIG, Manuel. "Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia". En: *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al prof. Dr. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 720 - 723, 728; y, MARCOS, Francisco. *La reforma del sistema español de defensa de la competencia. El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*. Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia, Número 24/2007. Madrid: Ceu Ediciones, 2007, p. 16.

² En este sentido, Cases Pallares recuerda que: "(...) la defensa de la competencia no constituye un absoluto. El propio sistema dispone ya sus propias correcciones a fin de evitar que la protección de la competencia se imponga en todo caso, de modo que no puedan ser atendidas otras circunstancias o perseguidos otros objetivos." CASES, Lluís. *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 400.

³ BAÑO LEÓN, José María. *Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas en el Derecho Español de la Competencia*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España S.A., 1996, p. 86.

⁴ En este sentido se pronuncia De Lemus Chávarri: "(...) hemos de poner de manifiesto, ahora, la absoluta falta de necesidad de la declaración de que una actuación amparada por la Ley no puede ser reprobada por el TDC, ya que la LDC es una Ley ordinaria y solo el Tribunal Constitucional puede tachar de antijurídico el mandato del Legislador". DE LEMUS CHÁVARRI, Fernando. "El acto administrativo ante la legislación de Defensa de la Competencia", en: *Boletín Económico de ICE* N° 2720. Del 18 de febrero al 3 de marzo de 2002, p. 33.

de competencia la que advierta esta posibilidad que una norma distinta del régimen de Defensa de la Competencia, lo que dota a este sistema de una mayor predictibilidad y transparencia para los administrados.

En segundo lugar, y aunque aparente ser un límite a la represión de las conductas anticompetitivas, por el contrario, esta disposición normativa constituye un límite a la intervención estatal que atente contra la Libre Competencia. Ello, en la medida que se deja claro que solo una norma de rango legal puede permitir la ausencia de responsabilidad de una empresa que ha realizado una conducta anticompetitiva. Consecuentemente, las normas de rango inferior no podrían imponer ni autorizar los supuestos de abuso de posición de dominio, de prácticas colusorias y de actos desleales que afectan la competencia, tipificados en la LDC.

Esta finalidad es lograda gracias a la precisión del segundo párrafo del propio artículo 4º de la LDC, que señala que las prohibiciones de conductas anticompetitivas mantienen plena aplicación a las situaciones derivadas del ejercicio de potestades administrativas o de poderes públicos en general (incluyendo a las empresas públicas, sea que tengan facultades públicas o no) que no cuenten con el requerido amparo legal⁵.

Si bien el artículo 4º de la LDC no descarta la posibilidad que el justificante de la práctica anticompetitiva se encuentre previsto en algún instrumento administrativo como un acto administrativo o un reglamento; sin embargo, solo se lograría la exención si estos instrumentos cuentan con un amparo legal. Es decir, la LDC parece ser clara al exigir que la exención de responsabilidad debe nacer de la voluntad del legislador y no de un organismo administrativo.

Por ejemplo, un reglamento administrativo no puede introducir válidamente una causa de justificación que exima de responsabilidad a una empresa por la comisión de una conducta anticompetitiva, sino que el reglamento debe

limitarse únicamente a desarrollar la voluntad legislativa que ampare dicha práctica.

En relación a la posibilidad de que otras entidades públicas, diferentes del Poder Legislativo, puedan generar una exención de responsabilidad por la comisión de conductas anticompetitivas (posibilidad aparentemente negada por la LDC), surgió un importante debate doctrinario en España.

Uno de los principales cuestionamientos efectuados a esta previsión normativa radica en la posibilidad de admitir que al desconocer un acto o un reglamento administrativo que ampara, sin fundamento legal, una conducta anticompetitiva, la Comisión Nacional de Competencia (CNC)⁶ estaría invadiendo funciones encomendadas a la jurisdicción contencioso administrativa. Del mismo modo, se ha criticado que la CNC pueda sancionar a quien, actuando según el amparo de un acto o reglamento administrativo que se presume válido, comete una conducta anticompetitiva.

Así, por ejemplo, Rebollo Puig considera que ello implicaría contradecir la presunción de legalidad y validez de dichos instrumentos normativos, tarea que no podría realizar la CNC. Por ello, señala que la CNC "No podrá sancionar, desde luego, porque no cabe sancionar a quien, mientras no se demuestre lo contrario, actúa conforme a Derecho"⁷.

En el mismo orden de ideas, cuestiona Zambrini la posibilidad de sancionar a una empresa que cumple con el mandato de una norma, aun cuando esta no tenga rango legal:

(...) no caben abusos de posición dominante si las conductas denunciadas son consecuencia necesaria de la aplicación de una norma, con independencia del rango que posea o, incluso, de un acto administrativo, siempre que en ambos casos tengan carácter imperativo⁸.

Nuevamente Rebollo Puig alega que quien incurre en una conducta anticompetitiva teniendo como base una norma infralegal carece de culpabilidad

⁵ Cabe recordar que esta opción legislativa tiene como antecedentes legislativos el artículo 4 (Sección Segunda. De las prácticas excluidas) de la Ley 110/1963, Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, y el artículo 2.1 de la Ley 16/1989, Ley de Defensa de la Competencia, esta última modificada por el Real Decreto-Ley 7/1996 y, posteriormente, por la Ley 52/1999. La evolución legislativa española nos muestra los intentos que ha seguido el legislador por aclarar este precepto y, sin perjuicio de las posibles interpretaciones literales que podrían otorgarse a cada una de estas normas, consideramos que el fin de dichas modificaciones siempre ha sido precisar que solo la voluntad legal puede permitir la exención de las conductas anticompetitivas tipificadas en las normas *antitrust*.

⁶ Anteriormente, el Tribunal de Defensa de la Competencia español. En adelante, se hará referencia a la CNC.

⁷ REBOLLO PUIG, Manuel. Op. Cit., 2003, p. 732 - 733.

⁸ ZAMBRINI, Marco. "El Tribunal de Defensa de la Competencia ante el fenómeno regulador (Análisis de algunas de las últimas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia)", en: Revista General de Derecho N° 625 - 626, octubre - noviembre 1996, p. 11771.

-requisito necesario para imponer una sanción-, al estar en un supuesto de error invencible sobre la aplicación de una causa de justificación (error de prohibición indirecto):

(...) el autor de la conducta típica y antijurídica, dada la existencia de un reglamento o acto administrativo que en principio le autorizaba a realizarla, creyó que había una excepción a las prohibiciones de la LDC, que había una causa de justificación. Y si su error es invencible, queda excluida por completo la posibilidad de sanción administrativa⁹.

Por su parte, Baño León sostiene que, cuando un agente infringe la norma *antitrust* al amparo de un reglamento administrativo, la autoridad administrativa podría declarar la ilicitud de la conducta mas no imponer una sanción, debido a la ausencia de un elemento subjetivo:

(...) no cabe que la conducta amparada en una norma reglamentaria dé lugar a una sanción a las empresas que han confiado en ella. (...) es indudable, como veremos más adelante, que para imponer sanciones se requiere la concurrencia de dolo o culpa; lógicamente, la existencia de una exención legal excluye la sanción cuando se actúa de buena fe¹⁰.

Pese a estas críticas, la posición imperante en el ámbito jurisprudencial ha sido la de dar una interpretación restrictiva a la LDC, entendiendo que solo la decisión del Poder Legislativo podría permitir la exención de responsabilidad contenida en el artículo 4º de la LDC, descartando una exención originada en un reglamento o acto administrativo.

Así, la CNC ha defendido su posición negando que efectúe un control de legalidad o constitucionalidad de los actos o reglamentos administrativos. En cambio, sostiene que únicamente prescinde de dichos instrumentos administrativos como justificantes de las conductas anticompetitivas, porque no encajan dentro del mandato previsto

en el artículo 4º de la LDC. Es decir, no se anulan ni inaplican tales actos o reglamentos administrativos, sino que simplemente no se toman en cuenta como eximentes¹¹.

Más allá de los cuestionamientos existentes, la actual LDC resulta meridianamente clara al requerir exclusivamente la voluntad legal como medio para lograr la exención de responsabilidad. En este sentido, difícilmente podría sostener una empresa haber incurrido en un "error invencible" por actuar en aplicación de una norma infralegal, toda vez que, siguiendo el mandato del artículo 4º de la LDC, debería acudir primero a la norma legal y verificar si está claramente expresa la voluntad de admitir la comisión de una conducta que pudiera restringir la competencia, y solo en ese caso, tendrá el amparo para llevar a cabo una práctica potencialmente anticompetitiva.

Siempre en relación con la posibilidad de que la CNC se aparte de las actuaciones administrativas que no encajen dentro del supuesto de exención legal previsto en el actual artículo 4º de la LDC, es de vital importancia recordar la Resolución de la CNC del 3 de diciembre de 1992, Asunto *Colegios de Agentes de la Propiedad de España*. En el referido caso se denunciaba al Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España por realizar actos de acusación de intrusismo (boicot) a quienes se dediquen a la intermediación inmobiliaria y no pertenezcan a dicha agrupación; ello, aparentemente, en virtud del Decreto del 4 de diciembre de 1969 por el que se reservaba a los agentes de la Propiedad Inmobiliaria el monopolio de la intermediación mobiliaria¹².

En dicha oportunidad, la CNC consideró que el referido Decreto no constituía un reglamento dictado al amparo de una Ley, por lo que no lo exoneraba de responsabilidad frente a la realización de las conductas prohibidas por la norma española de Defensa de la Competencia, dejando clara su posición de requerir la voluntad legal para permitir la exención de responsabilidad¹³. En sede judicial,

⁹ REBOLLO PUIG, Manuel. Op. Cit., 2003, p. 740.

¹⁰ BAÑO LEÓN, José María. Op. Cit., p. 94.

¹¹ En este sentido, Baño León refiere que: "Se decía anteriormente que el asunto debe ser encauzado dogmáticamente de otra manera: no es necesario acudir a la técnica de inaplicación de los Reglamentos para lograr los objetivos de un enjuiciamiento "antitrust" pleno de las normas reglamentarias; basta con aplicar el artículo 2.º.1. de la LDC y los criterios generales de interpretación jurídica (art.3º, inciso 1. del Código Civil).

(...) lo que debe decidir el TDC no depende de la validez o invalidez del Reglamento, sino exclusivamente de su idoneidad legal para poder amparar conductas contrarias a la competencia mercantil". BAÑO LEÓN, José María, Op. Cit., p. 91-93.

¹² Resumen del caso tomado de BERENGUER, Luis. "Comentarios al artículo 2º de la Ley de Defensa de la Competencia", en: Anuario de la Competencia 1997. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 153.

¹³ Es relevante mencionar que, en dicho pronunciamiento, se consignó un voto en discordia del vocal José Eugenio Soriano, quien cuestionaba que un órgano administrativo como la CNC pueda apartarse de un reglamento que ampare una conducta anticompetitiva.

la Audiencia Nacional dio la razón a la CNC, reforzando su posición de impedir la exención de conductas anticompetitivas perpetradas sin contar con un verdadero amparo legal¹⁴.

Evidentemente, esta postura de la autoridad de competencia española, respaldada por la Judicatura, no está libre de todo cuestionamiento. Si bien debería ser claro para las empresas que solo la Ley puede exonerarlos de responsabilidad *antitrust*, cuál es la actitud que deben tomar cuando un acto o reglamento administrativo les impone la obligación de realizar una práctica que podría ser calificada como anticompetitiva.

Sin lugar a dudas, los casos de imposición de conductas que podrían calificarse como anticompetitivas presentan la mayor controversia. Cuando se trata de supuestos en los que un dispositivo normativo infraregal simplemente permite o fomenta una posible práctica competitiva, siempre queda un margen de actuación a los particulares, quienes valiéndose de dicho campo de actuación podrían optar por evitar llevar a cabo conductas que no podrían ser exoneradas de responsabilidad por infracción a la LDC. Sin embargo, el escenario es distinto cuando este margen de acción desaparece y los agentes privados podrían asumir el riesgo de consecuencias jurídicas nefastas por omitir el cumplimiento de mandatos de rango infraregal. Este supuesto será abordado con más profundidad en el capítulo 4 del presente estudio.

Aunque habíamos destacado la existencia de algunos autores que sostienen que un mandato público de cualquier rango exoneraría de responsabilidad a las empresas que ejecuten prácticas anticompetitivas, la posición mayoritaria en el plano doctrinario en España respalda la jurisprudencia de la CNC y admite que solo la voluntad del legislador puede otorgar la autorización de conductas anticompetitivas¹⁵.

Debe anotarse que la claridad del artículo 4° de la LDC no ha llegado, sin embargo, a desterrar completamente algunos casos de incertidumbre para las empresas que podrían encontrarse, metafóricamente hablando, “entre la espada y la pared”, teniendo dos posibles consecuencias

negativas derivadas de dos mandatos de conducta contradictorios.

En este caso, parece que la posición institucional de la autoridad española de Defensa de la Competencia y de la mayoría doctrinaria es tolerar esta dosis de incertidumbre para las empresas, en aras de garantizar la vigencia de la Libre Competencia, evitando que esta se vea frustrada por la intervención de organismos o funcionarios estatales en diversos contextos, salvo el legislativo.

Ante ello, la actitud de las empresas debe ser la de priorizar siempre la LDC frente a un acto o norma infraregal que imponga una conducta presumiblemente anticompetitiva.

2.2 La práctica comunitaria europea

La Unión Europea tiene también un profuso y cada vez más creciente desarrollo legislativo y, principalmente, jurisprudencial en torno a las actuaciones estatales que pueden restringir la aplicación del Derecho de la Competencia. Precisamente, en el presente capítulo estudiaremos la doctrina jurisprudencial de la eliminación del “efecto útil” de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia.

La legislación comunitaria de Defensa de la Competencia, al igual que las leyes *antitrust* de los ordenamientos nacionales, se encuentra dirigida a los agentes económicos, posibles autores de conductas anticompetitivas. No obstante, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) también ha evaluado la actuación de los Estados Miembros -distinta de la actividad mercantil materializada a través de las empresas públicas- en relación a los artículos del Tratado de la Unión Europea (TCE) que integran la legislación comunitaria *antitrust*. Esto es, el TJCE ha entrado a analizar la actuación propiamente pública de los Estados Miembros respecto de los artículos 81° y 82° del TCE¹⁶.

Efectivamente, el TJCE ha adoptado una doctrina en especial para las medidas estatales que afecten de una manera particular la Libre Competencia. Esta manera particular de enjuiciamiento consiste en evaluar si se ha producido la **eliminación del**

¹⁴ Sentencia del 6 de octubre de 1997, de la Sexta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

¹⁵ Ver BERENQUER, Luis. Op. Cit., p. 139 - 172; VICIANO, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal)*. Valencia: Tirant to Blanch. 1995, p. 525 y ss.; CASES PALLARES, Lluís. Op. Cit., p. 380 y ss.; y, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos. Últimas tendencias”. en: *Revista de Derecho Mercantil* N° 239. Enero - Marzo 2001, p. 258 - 259.

¹⁶ Actualmente se trata de los artículos 101° y 102° del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; y anteriormente eran los artículos 85° y 86° del TCE. Para efectos del presente artículo, normalmente se hará referencia a los artículos 81° y 82° del TCE.

efecto útil de las normas de Defensa de la Competencia aplicables a las empresas, es decir, los artículos 81° y 82° del TCE, que prohíben las prácticas anticompetitivas (prácticas restrictivas de la competencia y abuso de posición de dominio) que afecten el comercio en el Mercado Común.

A primera impresión, puede resultar extraño que el TJCE evalúe la licitud de medidas estatales (en ejercicio de *ius imperium*) a la luz de los artículos 81° y 82° del TCE que están destinados a los sujetos que realizan actividades económicas en el mercado, sean estos privados o públicos. Por ello, el TJCE derivó esta obligación exigible a los países miembros, a partir del análisis de las normas comunitarias *antitrust* junto con el antiguo artículo 10 del TCE¹⁷

Artículo 10°.-

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.

Esta doctrina del **efecto útil** consiste en la obligación (implícita) que tienen los Estados Miembros de garantizar la efectividad de las normas comunitarias previstas en el propio TCE¹⁸. Este deber es una consecuencia de la supremacía que tiene el Derecho Comunitario de la Competencia sobre las legislaciones nacionales en la misma materia. Así, sería un contrasentido que los Estados pudieran permitir que las empresas que operan en su territorio se eximan del cumplimiento de las normas *antitrust* comunitarias. En términos de Calvo-Caravaca y Fernández de la Gándara:

Una consecuencia natural y obligada de la superioridad del Derecho comunitario de la competencia sobre los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Comunidad es el denominado efecto útil de los artículos 85° [posterior artículo 81° y actual artículo 101°] y 86° [posterior artículo 82° y actual artículo 102°] del Tratado CEE: es decir la obligación por parte de los Estados de no impedir que estos artículos puedan aplicarse plenamente en sus territorios, manteniendo o dictando una normativa estatal que imponga o favorezca la existencia de supuestos anticoncurrenciales¹⁹.

De esta forma, si un Estado adopta una medida que elimine el efecto útil de las provisiones del TCE, se considerará que ha infringido el artículo 10° del TCE. En el caso particular de las normas de Libre Competencia (artículos 81° y 82° del TCE) se considerará que los Estados infringen tanto el artículo 10° como el artículo 81° u 82°, cuando adopten medidas que impongan, promuevan o faciliten la comisión de las conductas anticompetitivas prohibidas por los referidos artículos del TCE.

Por otra parte, esta doctrina no solo tiene efectos respecto de los Estados, sino también sobre los agentes económicos que al amparo de alguna medida estatal realicen conductas anticompetitivas tipificadas en los artículos 81° y 82° del TCE. Como veremos más adelante, el desarrollo de la doctrina del efecto útil tiene también importantes consecuencias sobre la responsabilidad de las empresas por la comisión de conductas anticompetitivas.

El origen de esta doctrina surge a partir de la sentencia del TJCE en el Asunto *Wilhelm*²⁰. En este caso, el TJCE debía pronunciarse sobre la compatibilidad de la normativa *antitrust* alemana con la norma comunitaria de Defensa de la Competencia. En dicho caso, diversas

¹⁷ Anteriormente el artículo 5° del TCE. En la actualidad, una disposición similar se encuentra en el artículo 4° de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea:

“Artículo 4°.-

(...)

3. Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.”

(subrayado añadido)

Para efectos del presente artículo, normalmente se hará referencia al artículo 10° del TCE.

¹⁸ Cf. VICIANO, Javier. Op. Cit., p. 247 - 250.

¹⁹ CALVO-CARAVACA, Alfonso-Luis y Luis FERNÁNDEZ DE LA GANDARA. “Política y Derecho de la competencia en la C.E.E.: una aproximación”, en: Revista General de Derecho N° 583, abril 1993, p. 3439.

²⁰ Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969. Asunto 14/68, *Walt Wilhelm et autres c. Bundeskartellamt*.

empresas alemanas cuestionaban una resolución condenatoria del *Bundeskartellamt* por infracción a las normas internas de Defensa de la Competencia, habida cuenta de que por los mismos hechos se seguía un procedimiento ante la Comisión Europea por infracción a las normas comunitarias de Defensa de la Competencia.

Ello motivó que el TJCE definiera si existía una doble barrera *antitrust*; esto es, si había que respetar conjuntamente las normas internas y comunitarias en esta materia. En la Sentencia del Asunto *Wilhelm*, el TJCE no admitió expresamente esta teoría de la doble barrera, pero reconoció que las normas *antitrust* de cada uno de los Estados miembros pueden perseguir objetivos distintos e incluso diferentes de los que persiguen las normas comunitarias, de lo que se colige que el TJCE acepta la aplicación paralela de estos dos regímenes, es decir, que las empresas debían cumplir con una doble barrera de control en materia de Libre Competencia.

Asimismo y en lo que interesa a la materia de nuestro estudio, el TJCE señaló que la aplicación paralela de la legislación nacional se admite siempre que no afecte la aplicación uniforme y los plenos efectos de las reglas comunitarias²¹. Se reconoció así la primacía del Derecho comunitario en esta aplicación paralela de ordenamientos de Defensa de la Competencia y, finalmente, se estableció la obligación de los Estados de respetar -a través de sus normas y disposiciones internas- las normas comunitarias de Defensa de la Competencia; esto es, que respeten el efecto útil de las disposiciones del TCE:

El Tratado C.E.E. ha instituido un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus jurisdicciones.
Sería contrario a la naturaleza de tal sistema admitir que los Estados miembros puedan tomar o mantener en vigor medidas susceptibles de comprometer el efecto útil del Tratado

La fuerza imperativa del Tratado y de los actos adoptados para su aplicación no debería variar de un Estado a otro por el efecto de los actos internos, sin que sea entorpecido el funcionamiento del sistema comunitario y puesta en peligro la realización de los fines del Tratado²².

Una vez sembrado el germen de la doctrina del efecto útil en el Asunto *Wilhelm*, el TJCE recurrirá a él para diseñar una jurisprudencia por la que se enjuiciará las medidas estatales que puedan eliminar el efecto útil de las normas *antitrust* del TCE, infringiendo los artículos 10º, 81º y 82º del TCE, así como también la responsabilidad de las empresas que infringen los artículos 81º y 82º del TCE al amparo de las medidas internas.

La primera ocasión en la que el TJCE desarrolla el deber de los Estados de no falsear mediante sus disposiciones públicas el sistema de Libre Competencia previsto en los artículos 81º y 82º del TCE se da en el Asunto *Inno*²³, en el que se cuestionaba una disposición belga que ordenaba a los comerciantes de tabaco a vender el producto al precio de venta fijado por el fabricante o importador. Esta medida tenía como antecedente una práctica colusoria de los productores y mayoristas de tabaco por la que se fijaba este precio, y la iniciativa de un congresista belga que también se desempeñaba como secretario de una de las asociaciones que había participado en la referida práctica colusoria²⁴.

En este caso, la Corte de Luxemburgo recordó el deber de los Estados de abstenerse de adoptar medidas que pongan en peligro la realización de los fines del Tratado, observado en el artículo 10º del TCE, y aplicó por primera vez las normas *antitrust* comunitarias a las disposiciones de los Estados, señalando que "si es cierto que el artículo 82º [entonces artículo 86º] se dirige a las empresas, no lo es menos que el Tratado impone a los Estados miembros no establecer ni mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de dicha disposición"²⁵. De este modo, tomando el criterio de la obligación de respetar el efecto útil de

²¹ "(...) en virtud del respeto de la finalidad general del Tratado, esta aplicación paralela del sistema nacional solamente será admitida en la medida que no perjudique la aplicación uniforme, en todo el Mercado Común, de las reglas comunitarias en materia de libre competencia y el pleno efecto de los actos adoptados en aplicación de esas reglas". Traducción libre de "(...) en vertu du respect de la finalité générale du traité, cette application paralele du systeme national ne saurait être admise que pour autant qu'elle ne porte pas préjudice a l'application uniforme, dans tout le marché commun, des regles communautaires en matiere d'ententes et du plein effet des actes pris en application de ces regles". Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969, Asunto 14/68, *Walt Wilhelm et autres c. Bundeskartellamt*.

²² Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969, Asunto 14/68, *Walt Wilhelm et autres c. Bundeskartellamt*, extraido de CALVO-CARAVACA, Alfonso-Luis y Luis FERNANDEZ DE LA GANDARA. Op. Cit., p. 3441

²³ Sentencia del TJCE del 16 de noviembre de 1977. Asunto *Inno-BM*, 13/77.

²⁴ Cf. CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. "Reglamentaciones públicas anticompetitivas". En: BEYNETO, José María y Jerónimo MAILLO (Coord.). *Tratado de Derecho de la Competencia*, Vol. II. Barcelona: Bosch, 2005, p. 1307-1308.

²⁵ Sentencia del TJCE del 16 de noviembre de 1977. Asunto *Inno-BM*, 13/77, extraido de CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. Op. Cit., 2005, p. 1307.

las normas del TCE, el Tribunal concluyó que “los Estados Miembros no pueden promulgar medidas que permitan a las empresas privadas sustraerse a las obligaciones impuestas por los artículos 81° a 89° del Tratado”²⁶.

Esta sentencia del TJCE y las que posteriormente desarrollan la doctrina del efecto útil en relación con las normas de Defensa de la Competencia, permiten entender que las medidas estatales enjuiciadas no son todas las que puedan tener algún impacto en la competencia, sino únicamente aquellas que tengan por efecto que los agentes económicos se sustraigan del cumplimiento de los artículos 81° y 82° del TCE, esto es, aquellas que posibilitan la comisión de prácticas restrictivas de la competencia y de abuso de posición de dominio. En buena cuenta, el TJCE estaría evaluando si resulta lícito o no que los Estados Miembros adopten exenciones legales a la aplicación de la norma comunitaria de Libre Competencia.

La sentencia del TJCE en el Asunto *Van Eycke*²⁷ en 1988 marcará un hito importante, al precisar que para que una medida pública elimine el efecto útil de los artículos 81° y 82° del TCE se requiere que esta tenga vinculación con una práctica anticompetitiva²⁸. En este caso, se analizaba una disposición belga que fijaba el monto máximo que las entidades financieras pagarían como retribución por los depósitos de ahorro. Una entidad gubernamental había eliminado un elemento de competencia: las tasas de interés que pagaban las entidades bancarias. Sin embargo, considerando que mediante esta medida no se estaba imponiendo o favoreciendo una práctica colusoria, ni tampoco se estaba recogiendo un acuerdo colusorio previo, el TJCE concluyó que dicha disposición no eliminaba el efecto útil del artículo 81° del TCE.

En *Van Eycke*, el TJCE también “codifica” los supuestos de medidas estatales que eliminan el efecto útil de las normas *antitrust* comunitarias, señalando que ello ocurre cuando un Estado

miembro “o bien impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85° o refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica”²⁹.

Los dos primeros supuestos: (i) imponer y (ii) reforzar prácticas colusorias eran admitidos sin discusión en la doctrina del efecto útil, desarrollada por la jurisprudencia previa del TJCE. El tercer supuesto señalado en *Van Eycke* permitía atacar medidas estatales que también estaban vinculadas con prácticas restrictivas, en particular, aquellas que se logran gracias a (iii) la delegación de funciones públicas en agentes económicos.

La relevancia de la doctrina del “efecto útil” recae, para efectos de nuestra investigación, en la posibilidad de enjuiciamiento de conductas empresariales anticompetitivas, pese a tener el amparo de la legislación nacional. La principal consecuencia de la doctrina del “efecto útil” es que las empresas privadas que incurran en prácticas anticompetitivas que infrinjan los artículos 81° y 82° del TCE serán sancionadas aun cuando existan medidas públicas que las amparen, si estas eliminan el efecto útil de las referidas normas comunitarias. Así, por ejemplo, si existe una norma que faculta a las empresas aseguradoras de un país a fijar el precio único de las pólizas de los seguros de vida que ofrecen a los consumidores, dichas empresas podrían ser sancionadas por infracción al artículo 81° del TCE debido a que la referida medida interna sería contraria al efecto útil del Sistema Comunitario de Defensa de la Competencia.

De este modo, no solo la Comisión Europea sino las propias autoridades nacionales de Defensa de la Competencia se encuentran obligadas a preferir las normas comunitarias, artículos 81° y 82° del TCE, por encima de las normas estatales internas que impongan o amparen la realización

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Sentencia del TJCE del 21 de setiembre de 1988. Asunto *Van Eycke*, 267/86.

²⁸ Desde una perspectiva contraria, para Viciano lo importante es que la medida estatal procure el mismo resultado que el que lograría una conducta anticompetitiva, al parecer sin importar la intervención de agentes económicos en la práctica: “Por una parte, se puede concluir que la obligación que se deriva para los Estados de no adoptar ninguna medida que pueda eliminar el efecto útil del artículo 86° (o del artículo 85°) solo supondrá la prohibición de adoptar medidas que favorezcan actuaciones anticompetitivas por parte de los particulares; (...) el Estado deberá abstenerse de adoptar toda disposición que al menos en potencia permitiera a las empresas obtener un resultado que, en ausencia de la medidas, les estaría prohibido por los artículos 85° y 86°. En este caso, no sería necesaria la comprobación de un previo acto anticompetitivo, sino que simplemente sería suficiente la comprobación de los posibles efectos restrictivos”. VICIANO, Javier. Op. Cit., p. 336.

²⁹ “Por tanto, según el TJCE, para aplicar al caso concreto esta doctrina es necesario comprobar si la disposición impone o favorece la conclusión de acuerdos; en segundo lugar, si refuerza una coordinación preexistente; o, por último, si la disposición delega en operadores privados funciones de carácter público”. VICIANO, Javier. Op. Cit., p. 393. Sobre los supuestos comprendidos en *Van Eycke*, puede verse CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. Op. Cit., 2005, p. 1315.

de conductas que resulten contrarias (léase, que eliminen el efecto útil del) al propio TCE.

La sentencia del TJCE en el Asunto *CIF*³⁰ terminará por clarificar el panorama sobre la responsabilidad de las empresas que infringen las normas *antitrust* del TCE. El caso trata de un consorcio italiano de fabricantes de fósforos que cuestionaban la decisión de la autoridad italiana de Defensa de la Competencia que declaraba que la norma que regulaba el consorcio infringía los artículos 10° y 81° del TCE y, consecuentemente, el consorcio y sus miembros habían infringido el artículo 81° del TCE al repartirse las cuotas de producción de fósforos³¹. Este asunto planteaba la discusión sobre la responsabilidad de las empresas que habrían infringido las normas comunitarias de Defensa de la Competencia en virtud de la habilitación de las normas nacionales.

La resolución del caso *CIF* parte por distinguir dos escenarios hipotéticos: (i) cuando la norma nacional impone una conducta anticompetitiva; y, (ii) cuando la norma nacional solamente fomenta o facilita la realización de una conducta anticompetitiva.

El TJCE es inflexible en el segundo supuesto, estableciendo que cuando las empresas tienen cierto ámbito de libertad de actuación deben preferir, sin excepción, la norma comunitaria en detrimento de la norma nacional, por lo que en el caso inverso serían responsables por infringir los artículos 81° u 82° del TCE, según corresponda.

En cambio, en el primer escenario, el TJCE hace dos distinciones adicionales: (i) cuando la conducta anticompetitiva ha sido impuesta por una Ley nacional cuya aplicación ha sido descartada previamente por la autoridad nacional de Defensa de la Competencia; y, (ii) cuando la conducta anticompetitiva ha sido impuesta por una Ley nacional cuya aplicación aún no ha sido descartada por la autoridad nacional de Defensa de la Competencia. Según la jurisprudencia del TJCE, solo en el segundo sub-escenario podría eximirse de responsabilidad a las empresas que participaron en la práctica anticompetitiva³².

Siguiendo esta línea de razonamiento, en el caso del *CIF*, el TJCE concluyó que el CIF sí tendría un campo para la actuación competitiva. Así, aun cuando el Estado había fijado previamente el precio de venta de los fósforos, ello no limitaba la posibilidad de competir por otros factores, dado que la norma italiana no había definido los parámetros específicos en que debía repartirse la producción de los fósforos.

De la decisión del TJCE en el Asunto *CIF* se puede extraer la intención del órgano comunitario de conjugar dos elementos: la primacía de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia sobre las normas nacionales que eliminan su efecto útil, por un lado; y la seguridad jurídica para las empresas, por el otro. De este modo, si bien como regla general, las empresas no se exonerarán por la comisión de conductas anticompetitivas amparadas en normas nacionales, sí se admite, por excepción, la ausencia de responsabilidad cuando se trate de una conducta impuesta por la norma nacional siempre que la autoridad nacional de Defensa de la Competencia no haya declarado que dicha norma no resulta aplicable por contravenir las normas comunitarias de Defensa de la Competencia. Es decir, se trataría de un escenario donde -siguiendo la lógica del TJCE- no existiría campo para la intervención de la voluntad de las empresas en la comisión de las conductas anticompetitivas, ni posibilidad para que dichas empresas puedan discernir adecuadamente que la norma nacional contraviene las normas *antitrust* comunitarias.

En conclusión, la práctica comunitaria europea nos muestra, como regla general, un rechazo a las exenciones legales de cualquier índole de parte de los Estados miembros. Sin embargo, la autoridad comunitaria de competencia no sancionará a aquellas empresas que cometan una conducta anticompetitiva si es que esta ha sido impuesta por una norma estatal interna, que previamente no haya sido descartada por la autoridad nacional.

2.3 La práctica estadounidense

La organización federal de los Estados Unidos plantea una amplia variedad de supuestos en los

³⁰ Sentencia del TJCE del 9 de setiembre de 2003. Asunto *Consortio Industrie Fiammferi (CIF)*, C-198/01.

³¹ Sobre este tópico, puede verse el desarrollo realizado por CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. "Conductas anticompetitivas impuestas o fomentadas por los Estados Miembros: Deberes de los órganos que aplican el Derecho de la Competencia y responsabilidad de las empresas (Comentario a la Sentencia *Consortio Industrie Fiammferi*, de 9 de setiembre de 2003)", en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, N° 17, Enero-Abril 2004, p. 161 - 191. Ver también GUERRA, Antonio. "Comentarios a la Sentencia del TJCE, de 9 de setiembre de 2003, en el asunto *Consortio Industrie Fiammferi (CIF)* / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", en: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia* N° 228, noviembre/diciembre, 2003, p. 85-96.

³² Ver DE LATORRE, Fernando. Op. Cit., 2005, p. 1328-1329; y, CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. Op. Cit., 2004, p. 165.

que la actuación pública puede generar problemas desde el ámbito de protección de la Libre Competencia. En efecto, los diversos niveles de gobierno son fuentes potenciales de restricciones a la competencia y, en lo que nos interesa para efectos de nuestro estudio, de barreras a la aplicación del Derecho *Antitrust*.

En este sub-capítulo revisaremos la jurisprudencia norteamericana sobre la interacción entre las regulaciones sectoriales federales y estatales, de un lado, y las leyes *antitrust* federales, del otro.

Un primer supuesto de exención legal en el ordenamiento norteamericano se produce **cuando una Ley federal sectorial exonera o desplaza la aplicación de la norma *antitrust* (también federal)**³³. La jurisprudencia norteamericana ha admitido pacíficamente esta posibilidad, debido a que no otorga una prevalencia a alguno de los dos cuerpos normativos en conflicto. Sin embargo, sí se exigirá cumplir con ciertos criterios para admitir que efectivamente la norma sectorial ha desplazado a la legislación *antitrust*.

Así, la práctica estadounidense distingue 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 en el plano legislativo. En el primer escenario no se presenta mayor problema pues es clara la opción legislativa adoptada. Así, en algunos casos la regulación sectorial indicará específicamente su primacía sobre las normas *antitrust*³⁴, y en otros la propia regulación especificará la concurrencia de las normas sectoriales junto con las de Defensa de la Competencia³⁵, en cuyo supuesto la entidad sectorial federal o las cortes aplicarán, independientemente, las respectivas leyes.

El segundo tipo de casos es el que presenta el mayor número de controversias que han tenido que ser resueltas por las cortes de Estados Unidos. Se da frecuentemente cuando existe un total silencio por parte de la legislación sectorial o cuando

estas regulaciones indican de manera general o poca clara alguna primacía sobre las leyes *antitrust*, supuesto en el cual las Cortes deberán determinar si esta opción legislativa abarca el caso concreto de la presunta conducta anticompetitiva enjuiciada.

En estos casos, resulta frecuente que las empresas denunciadas aleguen la existencia de una primacía implícita de la regulación sectorial para que la conducta no pueda ser enjuiciada a la luz de las leyes *antitrust*³⁶. Esto es lo que se conoce como la doctrina de la "**inmunidad implícita**".

Si bien los orígenes de esta doctrina pueden remontarse hasta los años 30 del siglo pasado, es a partir de la década de 1960 que pueden encontrarse algunos criterios específicos de la judicatura para decidir cuándo operaba esta inmunidad implícita.

En *United States v. Philadelphia National Bank*³⁷, la Corte Suprema estableció que una fusión aprobada por el *Currency Comptroller* no era implícitamente inmune a las leyes *antitrust*, debido a que, la autoridad regulatoria del *Comptroller* no incluía la Defensa de la Competencia, y la industria bancaria, por otra parte, no se encontraba sujeta a una regulación intrusiva. En dicha oportunidad, el Tribunal estableció que el desplazamiento excepcional de las leyes de competencia por estatutos regulatorios solo puede admitirse en casos de "clara repugnancia entre los preceptos *antitrust* y regulatorios"³⁸.

En *Otter Tail Power Co. v. United States*³⁹, 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. Ello debido a que, la autoridad regulatoria, la *Federal Power Commission* (FPC), no había ejercido su autoridad regulatoria para obligar a que se realizara la interconexión de redes en cuestión.

³³ El desarrollo del presente acápite toma como base el trabajo realizado por el autor junto con Fernando Cáceres y Luis Diez Canseco en: CÁCERES, Fernando; CALDERÓN, Andrés y Luis DIEZ CANSECO. *Agencias de Competencia y Organismos Reguladores: Propuestas para una Interacción más Eficiente y Predecible*. Programa de Investigación sobre la Competencia para el Desarrollo Económico International Development Research Centre, Canadá. Sociedad de Economía y Derecho. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2009.

³⁴ 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. v. Billing Et Al.* No. 05-1157. *Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit*.

³⁵ Por ejemplo, la *Telecommunications Act* de 1996, 47 U.S.C. § 152.

³⁶ Cf. SULLIVAN, Lawrence y Warren GRIMES. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. Minnesota: West Group, 2000, p. 138.

³⁷ *United States v. Philadelphia National Bank* 374, U.S. 321 (1963).

³⁸ Ídem.

³⁹ *Otter Tail Power Co. v. United States* 410 U.S. 366 (1973).

Los casos que terminaron por dar forma a la doctrina de la inmunidad implícita estaban vinculados a la regulación del mercado de valores, que disponía una fuerte intervención de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) para controlar la actividad autorregulatoria de las Bolsas de Valores.

El primer caso vinculado a este mercado en el que se discute la inmunidad *antitrust* implícita es *Silver v. New York Stock Exchange*⁴⁰. En este caso, los accionantes, dos corredores de bolsa que no formaban parte de la Bolsa de Valores de New York, habían acordado con esta última el acceso telefónico directo a información necesaria para participar en la Bolsa de Valores, conforme lo estipulaba la *Securities Exchange Act* de 1934. Posteriormente, y sin previo aviso ni un procedimiento debido, la Bolsa de Valores de New York interrumpió la conexión, expulsando de esta forma a Silver de la Bolsa. Frente a la alegación de inmunidad implícita por parte de los demandados, la Corte Suprema declaró que no había incompatibilidad entre la *Securities Exchange Act* y la *Sherman Act*, y que las capacidades de autorregulación otorgadas a las Bolsas de Valores no admitían conductas como la denunciada. Así, aun cuando el Tribunal aceptó que en situaciones de conflicto entre las normas *antitrust* y los regímenes regulatorios resultaba necesario reconocer la inmunidad *antitrust* implícita, esta respuesta era una excepción y solo debía ser admitida si resultaba “necesaria para el funcionamiento de la *Securities Exchange Act*, e incluso solo en la extensión mínima necesaria”⁴¹.

Posteriormente, en *Gordon v. New York Stock Exchange*⁴², los demandantes, en representación de pequeños inversionistas, demandaban a la Bolsa de Valores de Nueva York y otras bolsas por el sistema concertado de fijación de tarifas de comisión cobradas por los corredores de bolsa. Sin embargo, 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 *antitrust* en dicho caso 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 que, efectivamente, dicha autoridad había sido ejercida, al haber estudiado continuamente los efectos de las comisiones acordadas en el mercado de intercambio de valores y requerido formalmente a las Bolsas de Valores que modifiquen sus tarifas cuando determinaba que ello resultaba conveniente para la industria⁴³.

Finalmente, en *United States v. National Association of Securities Dealers Inc. (NASD)*⁴⁴, la Corte se enfrentaba ante la demanda interpuesta contra las compañías de fondos mutuos y los comerciantes y corredores de bolsa, que habían acordado entre sí (acuerdos horizontales y acuerdos verticales) los precios de reventa de fondos mutuos, 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 consideró que la regulación sectorial emitida por el Congreso (*Investment Company Act*) autorizaba a la SEC para permitir acuerdos de esta naturaleza, por lo que, concluyó que había inmunidad *antitrust* 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; sin embargo, sí otorgó inmunidad implícita debido a la intrusiva autoridad regulatoria de la SEC, que exigía que la asociación de comerciantes obtenga la aprobación de sus reglas operativas por parte de la SEC, pudiendo esta última 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 *antitrust* implícita aún sin desarrollar criterios, de manera uniforme y sistematizada, para acoger esta doctrina. Sin embargo, este panorama cambiaría con el más reciente fallo en el caso *Credit Suisse Securities (USA) LLC v. Billing*⁴⁵. En este caso, la Corte

⁴⁰ *Silver v. New York Stock Exchange* 373 U.S. 341 (1963).

⁴¹ 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 v. New York Stock Exchange*, 373 U.S. 341 (1963).

⁴² *Gordon v. New York Stock Exchange, Inc.*, 422 U.S. 659 (1975).

⁴³ Cf. KAHN, Jacob. “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.

⁴⁴ *United States v. National Association of Securities Dealers Inc.*, 422 U.S. 694 (1975).

⁴⁵ *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.

debía resolver la demanda contra diez bancos de inversión que actuaban como aseguradoras (*underwriters*) en la comercialización de diversos valores. Estas empresas habían 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*)⁴⁶.

En este caso, según el Tribunal Supremo, la aplicación de la regulación federal del mercado de valores impediría aplicar las prohibiciones contenidas en el Derecho de Defensa de la Competencia, operando una exención implícita. Para ello, la Corte Suprema revisó la jurisprudencia emitida previamente, en particular sus fallos en *Gordon* y *NASD*, y concluyó que deben concurrir cuatro requisitos a efectos de determinar la existencia de una inmunidad implícita frente a las leyes de competencia:

- (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 contradicción⁴⁷.

El pronunciamiento de la Corte Suprema otorga cierta claridad sobre los criterios que deberían cumplirse para concluir que una norma regulatoria ha desplazado implícitamente la aplicación de las normas *antitrust* (aunque también podría señalarse que la sentencia de la Corte se restringiría únicamente a los supuestos de conflicto entre las normas del mercado de valores y las leyes de competencia).

Sin perjuicio de ello, a nivel doctrinario se debate cuál es el fundamento o qué tipo de casos son los que justifican la doctrina de la inmunidad implícita. Así, por ejemplo, a partir de una revisión de la jurisprudencia norteamericana sobre este tema, Handler, Blake, Pitfosky y Goldschmid encuentran tres supuestos que podrían justificar la primacía de las normas regulatorias y la consecuente inmunidad implícita de las leyes *antitrust*⁴⁸:

La inmunidad implícita de las leyes *antitrust* no es favorecida incluso en industrias altamente reguladas. Sin embargo, será inferida la inmunidad implícita cuando la voluntad del Congreso es clara. Dicha inferencia puede surgir de: (1) la necesidad de evitar un conflicto irreconciliable entre la Ley regulatoria y las leyes *antitrust* (necesidad); (2) un esquema regulatorio penetrante (*pervasiveness*); o (3) el carácter autorregulatorio de dicho esquema (autorregulación).

El justificante de la “necesidad” se aplica cuando una agencia regulatoria, que ejercita claramente su autoridad, ha hecho una determinación explícita con relación a la conducta o acto cuestionados (a diferencia de una afirmación de la autoridad sobre la materia general) de un modo tal que el cumplimiento de las normas *antitrust* sería inconsistente con la decisión regulatoria. El criterio de la “*pervasiveness*” se aplica cuando la regulación de una industria es tan extensa que se asume que el Congreso tuvo la intención de reemplazar los mecanismos del mercado con decisiones administrativas. El razonamiento detrás de la excepción de la “autorregulación” es que el Congreso pretendió que grupos empresariales privados tomaran concertadamente decisiones bajo la supervisión regulatoria, reemplazando el mecanismo del mercado.

⁴⁶ Cf. MARCOS, Francisco. “¿Hacia una reformulación del Derecho de Defensa de la Competencia por el Tribunal Supremo Norteamericano?”, en: *Boletín Latinoamericano de Competencia* N° 25, Febrero 2009, p. 73.

⁴⁷ “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 lies squarely 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.

⁴⁸ Traducción libre de: “Implied immunity from antitrust laws is not favored even in highly regulated industries. However, an inference of implied immunity will be made where Congressional intent is clear. Such an inference may arise from (1) the necessity to avoid irreconcilable conflict between the regulatory act and the antitrust laws (necessity); (2) the pervasiveness of the regulatory scheme (*pervasiveness*); or (3) the self-regulatory character of that scheme (*self-regulation*).

The “necessity” justification applies when a regulatory agency, exercising clear statutory authority, has made an explicit determination with respect to the challenged act or practice (as distinguished from an assertion of authority over the general subject matter) in such a way that antitrust enforcement would be inconsistent with the regulatory decision. The “*pervasiveness*” criterion applies when regulation of an industry is so extensive that Congress is assumed to have intended to replace market mechanisms with administrative decisions. The rationale behind the “self-regulatory” exception is that Congress intended private industry groups to make decisions in concert under regulatory supervision, supplanting the market mechanism”. HANDLER, Milton y otros. *Cases and Materials on Trade regulation*. Third Edition. New York: The Foundation Press, 1990, p. 1068.

Las citas y criterios jurisprudenciales antes expuestos nos permiten apreciar diversos casos en los que la Corte Suprema ha inferido que la voluntad del Congreso ha sido otorgar una primacía a la regulación por encima de las leyes *antitrust*, sea porque exista una clara contradicción entre los efectos de aceptar el mandato paralelo de ambos cuerpos normativos o porque, aun sin ser evidente la existencia de resultados contradictorios, es clara la voluntad legislativa de reemplazar el mecanismo del mercado por los mecanismos de regulación.

Sin embargo, la Corte se ha mostrado reacia a admitir la inmunidad implícita cuando no se pueda inferir esta voluntad clara por parte del Congreso. En este sentido, frente al silencio legislativo, 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 solo en la medida que resulte necesaria para garantizar la efectividad del modelo regulatorio.

Cuando se admite la subsistencia y compatibilidad de las normas *antitrust* y las leyes regulatorias sectoriales, las empresas se encontrarán sujetas a las obligaciones que se deriven independientemente de cada uno de dichos ordenamientos. El pronunciamiento del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Trinko*⁴⁹ puede ayudarnos a ilustrar este razonamiento.

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 excluyente en el mercado. Estos hechos motivaron la denuncia contra Verizon 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*.

En este contexto, la Corte debía analizar si se aplicaba la doctrina de la inmunidad implícita de

la Ley *antitrust*, por la cual primaría la Ley sectorial, la *Telecommunications Act*, y no se podría aplicar, consecuentemente, 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*”⁵⁰. Así, el Tribunal declaró que ambos cuerpos normativos podían teóricamente aplicarse sobre una misma conducta, siempre que se tratase de infracciones independientes (y no derivadas una de la otra).

No obstante, luego de hacer una revisión de los *leading cases* norteamericanos para los casos de negativas de trato (*refusals to deal*), el Tribunal concluyó que no había una obligación independiente -distinta de la regulatoria- por la que Verizon debiera otorgar acceso a sus redes, por lo que no había sustento para la demanda *antitrust*:

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 considerables⁵¹.

De este modo, la Corte concluyó que, en el presente caso, debido a las extensas provisiones de la *Telecommunications Act* de 1996 y a la ausencia de un deber de ayudar a los competidores que surja de los principios *antitrust*, resultaba innecesario crear una doctrina judicial de acceso forzado. 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, y será menos plausible que las leyes *antitrust* contemplen tal escrutinio adicional⁵².

⁴⁹ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*. 540 U.S. 398 (2004).

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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)

⁵² 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”. *Ibidem*.

Del pronunciamiento de la Corte en el caso de *Trinko* puede extraerse como regla general que tanto la regulación sectorial como las normas *antitrust* pueden aplicarse en paralelo, pero siempre que los hechos generen infracciones independientes entre sí. Asimismo, este caso evidencia la percepción negativa de la Corte a admitir la existencia de infracciones regulatorias y *antitrust* independientes, cuando existe una amplia estructura regulatoria diseñada para hacer frente a la misma conducta que se imputa como anticompetitiva.

Posteriormente, la Corte profundizó su pronunciamiento en *Trinko* en el caso *Pacific Bell v. Linkline (Pacific Bell)*⁵³, en el que se analizaba si AT&T infringía la norma *antitrust* por incumplir con un deber de no discriminación impuesto por la *Federal Communications Commission* en la provisión del servicio mayorista portador de la señal DSL a un conjunto de proveedores independientes de internet representados por Linkline.

La Corte Suprema 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”⁵⁴. El Tribunal consideró que, en ambos casos, el marco regulatorio (*Telecommunications Act*, en un caso, y el mandato de la FCC, en el otro) generaba una obligación independiente que no podía 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 atender a la voluntad del legislador para definir en qué casos las normas *antitrust* deben retroceder frente a las regulaciones sectoriales de alcance federal, 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.

Sin perjuicio de ello, en la jurisprudencia norteamericana, 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 -en caso no se admita la existencia de una inmunidad implícita- resulta legalmente posible, pero siempre que los hechos generen infracciones independientes entre sí.

Ahora bien, corresponde preguntarse qué sucede con las disposiciones normativas estatales que entran en conflicto con la legislación *antitrust* de alcance federal. En este ámbito, la respuesta de la práctica jurisprudencial norteamericana ha sido la de admitir que **las normas estatales también generen excepciones a la aplicación de las leyes federales *antitrust*** en la medida que se cumplan con ciertos requisitos, que en conjunto van a conformar la denominada doctrina de la **State Action**.

A inicios de la década de 1940 del siglo XX, Porter Brown, un distribuidor de pasas, cuestionaba una regulación del estado de California por la que se restringía la competencia entre los productores de pasas y se permitía la fijación de los precios de venta de dichos productos agrícolas⁵⁵. Este es el caso que pasaría a la historia del Derecho *Antitrust* norteamericano como el caso *Parker vs Brown*⁵⁶, y en el que nace la doctrina de la *State Action*. En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó que las normas *antitrust* tenían por objeto enjuiciar las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por los particulares y no las medidas estatales que pudieran restringir el comercio. Así, señala la Corte Suprema que “nada en el lenguaje de la *Sherman Act* o en su historia (...) sugiere que su propósito era el de restringir la actividad legislativa de un estado, sus oficiales o agentes”⁵⁷.

⁵³ *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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Cf. SULLIVAN, Thomas y Hebert HOVENKAMP. *Antitrust Law, Policy and Procedure. Cases, Materials, Problems*. 4th Edition. Virginia: Lexis Law Publishing, 1999, p. 1033.

⁵⁶ *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943).

⁵⁷ Traducción libre de: “nothing in the language of the *Sherman Act* or in its history (...) suggest that its purpose was to restrain a state or its officers or agents from activities directed by its legislature”. *Ibidem*, recogido en SULLIVAN, Thomas y Hebert HOVENKAMP, Op. Cit., p. 1034.

Si bien el germen de la *State Action* surgió con *Parker v. Brown*, los diversos y complejos contornos de dicha doctrina se desarrollaron en posteriores pronunciamientos de la Corte Suprema norteamericana, los mismos que resultaban necesarios, puesto que una concepción demasiado amplia de la *State Action* podría restar la eficacia de las normas *antitrust* norteamericanas, al permitir el surgimiento y desarrollo de diversos casos de inmunidades.

El primer parámetro a la doctrina de la *State Action* se encuentra en la propia sentencia del caso *Parker v. Brown*, en el que la Corte Suprema distingue entre dos tipos de medidas estatales: (i) aquellas en las que el Estado simplemente autoriza a agentes privados a actuar anticompetitivamente y (ii) aquellas donde el Estado por sí mismo regula el comercio y, en un contexto de contradicción o choque entre la regulación estatal y las normas *antitrust* federales, se hace necesaria la inmunidad⁵⁸. Para la Corte Suprema, solo en el segundo escenario podría aplicarse la inmunidad de la doctrina del *State Action*⁵⁹.

Evidentemente, admitir que cualquier norma estatal pudiera directa y simplemente admitir la comisión de una conducta anticompetitiva, iría en contra del sistema federal *antitrust* norteamericano, en el que debe primar, en principio, las regulaciones federales⁶⁰.

Tal vez el principal hito jurisprudencial sobre el desarrollo de la *State Action* tiene ocasión con la sentencia de la Corte Suprema en el Asunto *Midcal*⁶¹. En este caso, *Midcal Aluminium*, un distribuidor de vino, cuestionaba la regulación del Estado de California que establecía un sistema de fijación del precio de venta de los distribuidores mayoristas de vino, que vulneraba la *Sherman Act*. En dicha oportunidad, la Corte Suprema estableció que para lograr la inmunidad de la doctrina de la *State Action* se requería el cumplimiento de dos requisitos: (i) una política estatal claramente

articulada; y, (ii) una supervisión activa por parte del propio Estado.

Así, en el caso concreto de *Midcal*, la Corte Suprema concluyó que, aunque la regulación californiana era clara en su propósito de permitir el mantenimiento del precio de venta de los distribuidores mayoristas, no se cumplía con el segundo requisito para la inmunidad *antitrust*, consistente en la supervisión activa estatal. Por el contrario, la Corte apreciaba que el Estado de California simplemente autorizaba la fijación del precio por parte de los particulares y no revisaba la razonabilidad de la programación de los precios, por lo que no se cumplía con el segundo requisito para la inmunidad⁶².

Estos requisitos buscan verificar que la norma estatal que desplaza la aplicación de las normas *antitrust* federales responda realmente a una política conscientemente adoptada, y no sea, en realidad, un mecanismo para otorgar inmunidad a favor de los particulares. Dado que, la doctrina busca garantizar la soberanía estatal de regulación del comercio, debe cuidarse que esta norma estatal responda realmente a intereses públicos y no a intereses privados que tengan por objeto eximirse del deber de competir en el mercado.

En este orden de ideas, en el Asunto *Cantor v. Detroit Edison Co.*⁶³, la Corte sostuvo que la defensa de la *State Action* solo era permisible para medidas estatales oficiales llevadas a cabo por agentes estatales. De esta afirmación, algunos autores como Sullivan y Hovenkamp han interpretado que, implícitamente, la Corte habría desestimado la inmunidad de la *State Action* a favor de medidas adoptadas por agentes privados que detentaran una potestad pública por un mandato estatal⁶⁴. Sin embargo, ésta no es una posición uniforme entre los estudiosos norteamericanos, pese a que permite tomar conciencia de los riesgos de captura regulatoria que suponen admitir excepciones muy grandes a la aplicación de las normas *antitrust*.

⁵⁸ Ver nota a pie de página 186.

⁵⁹ Cf. SEMERARO, Steven. "Demystifying Antitrust State Action Doctrine", en: *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Fall 2000; 24,1. ProQuest Legal, p. 210.

⁶⁰ "Todas las regulaciones de los gobiernos locales y estatales se encuentran sujetas a la limitación impuesta por la Cláusula de Supremacía de la Constitución de que serán derrotadas, o superadas, por la legislación federal inconsistente. La doctrina de la primacía en el contexto antitrust considera simplemente si dicha regulación es tan inconsistente con la política federal antitrust que una debe ceder frente a la otra. Ordinariamente, la regulación local o estatal cede". Traducción libre de: "All state and local government regulation is subject to the limitation imposed by the Supremacy Clause of the Constitution that it will be trumped, or preempted, by inconsistent federal legislation. The preemption doctrine in the antitrust context simply considers whether such regulation is so inconsistent with federal antitrust policy that one must give way to the other. Ordinarily, the state or local regulation gives way". SULLIVAN, Thomas y Hebert HOVENKAMP, Op. Cit., p. 1027.

⁶¹ *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum Inc.* 445 U.S. 97 (1980).

⁶² Cf. SULLIVAN, Thomas y Hebert HOVENKAMP, Op. Cit., p. 1035-1036.

⁶³ *Cantor v. Detroit Edison Co.* U.S. 579 (1976).

⁶⁴ Cf. SULLIVAN, Thomas y Hebert HOVENKAMP, Op. Cit., p. 1035-1036.

Así, por ejemplo, la *Federal Trade Commission* (FTC) inició en el año 2001 un proyecto para evaluar el desarrollo de la doctrina de la *State Action*, trabajo que concluyó en el año 2003 con la publicación del *Report of the State Action Task Force*⁶⁵.

En dicho documento se recogen las apreciaciones de la FTC sobre los que serían los principales problemas detectados en la aplicación de la referida doctrina. En primer lugar, el Reporte de la FTC concluye que las Cortes no han sido suficientemente estrictas al momento de verificar el cumplimiento del requisito de la “política estatal claramente articulada”. Así, se ha detectado que en algunos casos se ha concluido que cualquier conducta anticompetitiva era un “efecto previsible” por el Estado al momento de otorgar cualquier autorización estatal de carácter general, de lo que se derivaría la existencia de una política estatal consciente. En lo que respecta al segundo requisito de la “supervisión activa”, el Reporte concluye que las Cortes no han brindado unos parámetros precisos para identificar cuándo se produce esta verdadera fiscalización.

Considerando estos problemas y algunas buenas prácticas detectadas en algunos casos resueltos por la Corte Suprema y Cortes inferiores, el Reporte de la FTC presenta algunas recomendaciones. A continuación resumimos las principales:

- a) Reafirmar y reconducir el requisito de la “política estatal claramente articulada” hacia su propósito original, consistente en determinar si un Estado autorizó la conducta anticompetitiva imputada y si el Estado adoptó conscientemente una política destinada a desplazar la competencia, a través de la realización de la conducta (anticompetitiva) investigada.
- b) Clarificar y reforzar los estándares de la “supervisión activa”, indagándose, por ejemplo, si el Estado analizó los hechos relevantes implicados al momento de adoptar la regulación, si existe un registro o archivo de los hechos posteriores a la emisión de la regulación que evidencie la existencia de una supervisión, y si existen medidas de procedimiento específicas asociadas a la supervisión.

- c) Poner un mayor énfasis en la “supervisión activa” cuando una entidad estatal actúe como un agente de mercado o cuando exista el riesgo de que la conducta anticompetitiva imputada y permitida por la regulación estatal se haya producido como consecuencia de la búsqueda de intereses de la propia entidad y no de los intereses estatales.
- d) Tomar en consideración los efectos perjudiciales en el comercio interestatal de la regulación estatal.
- e) Adoptar como una excepción a la inmunidad de la *State Action*, el criterio recogido en el Asunto *Town of Hallie*⁶⁶, es decir, que no aplicará la inmunidad en aquellos casos en los que el Estado no participa como un agente regulador sino como un participante más en el mercado.

El problema de la captura regulatoria, por el que evidentemente se preocupa la FTC en sus recomendaciones, no resulta injustificado. Los agentes económicos tienen muchos incentivos para lograr eximirse de responsabilidad por la comisión de conductas anticompetitivas a través de regulaciones estatales. Estas disposiciones estatales son más efectivas en lograr eliminar la competencia que las solas conductas privadas (abuso de posición de dominio o monopolización y prácticas colusorias), pues tienen mayor permanencia y no existe el temor a la detección y sanción por las autoridades de Defensa de la Competencia. Como nos recuerda acertadamente Muris, “en la medida que un sistema de competencia logre éxito atacando restricciones privadas, se incrementan los esfuerzos que las empresas destinarán a obtener restricciones públicas”⁶⁷.

3. “El conflicto interno”: Las exenciones legales en el Perú

Se ha podido apreciar a partir de la práctica jurisprudencial estadounidense, europea y española que la regulación normativa de determinadas conductas comerciales puede tener dos consecuencias jurídico-prácticas de

⁶⁵ FEDERAL TRADE COMMISSION (Office of Policy Planning). *Report of the State Action Task Force*. Setiembre, 2003, disponible en <http://ftc.gov/os/2003/09/stateactionreport.pdf> (página web visitada el 27 de agosto de 2011).

⁶⁶ *Town of Hallie v. City of Eau Claire*, 471 U.S. 34, 42 (1985).

⁶⁷ Traducción libre de: “(...) as a competition system achieves success in attacking private restraints, it increases the efforts that firms will devote to obtaining public restraints”. MURIS, Timothy. *State Intervention/State Action - A U.S. Perspective*. George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-18. Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy. New York, October 24, 2003, p. 2.

vital importancia para la protección de la Libre Competencia: (i) la exención legal de determinadas conductas, razón por la cual si bien la agencia de competencia es competente para conocerlas, resultan justificadas y exentas de responsabilidad; o (ii) el desplazamiento de la legislación de Defensa de la Competencia, quedando algunas conductas sometidas únicamente al cumplimiento de la regulación sectorial y fuera del escrutinio *antitrust*.

En ambos casos, la conducta queda libre de responsabilidad por infracción a las leyes de Defensa de la Competencia. La sutil diferencia consiste en que en el primer escenario, la conducta no es sancionable; mientras que en el segundo, la práctica puede ser enjuiciable pero únicamente según las reglas sectoriales específicas cuya fiscalización ha sido encomendada a un organismo regulador.

En el primer tipo de casos, la autoridad peruana de defensa de la competencia, INDECOPI, ha analizado si se ha probado que las conductas imputadas como anticompetitivas han sido permitidas o impuestas por una autoridad pública o si encajan dentro del “ejercicio regular de un derecho”, que consiste en una tibia aproximación al tema de la exención legal. La segunda hipótesis, en cambio, ha sido resuelta a partir de la aplicación del denominado “principio de supletoriedad”, cuyo concepto y parámetros no han estado exentos de controversia a nivel doctrinario y jurisprudencial.

Como ya hemos mencionado, en ambos supuestos, estamos verdaderamente ante una exención legal *antitrust*, puesto que, la conducta en cuestión no podrá ser enjuiciada bajo la norma nacional de Defensa de la Competencia. Por tal motivo, y por razones de espacio, nos ocuparemos únicamente de la práctica jurisprudencial nacional relacionada con el primer supuesto, esto es, la justificación o exención legal propiamente dicha de una práctica potencialmente anticompetitiva.

El criterio de exención por actuación pública supone la ausencia de responsabilidad por infracción a las normas de competencia cuando la conducta anticompetitiva ha tenido origen en el mandato de una autoridad pública. La consecuencia de la exención no es la incompetencia de la autoridad de Defensa de la Competencia, puesto que se trata de una conducta privada y anticompetitiva. El efecto de esta exención es la justificación de la conducta y, por tanto, la exoneración de sanción

de las empresas involucradas en la práctica cuestionada.

A diferencia de lo que sucede en la práctica española, podemos constatar que en las escasas controversias en las que se ha alegado la concurrencia de la exención en el Perú, no se ha reparado en analizar el rango o jerarquía del mandato estatal (normativo o no) que sustenta la exoneración de responsabilidad.

Un caso de especial importancia es el famoso caso del SOAT, en el que la Comisión de Libre Competencia (CLC)⁶⁸ y la Sala de Defensa de la Competencia⁶⁹, en segunda instancia, sancionaron a diversas empresas aseguradoras por haber concertado el monto de las primas del seguro vehicular obligatorio. Las empresas denunciadas señalaron, en su defensa, que esta concertación se produjo debido a las solicitudes del Ministerio de Transporte y Comunicaciones para que se acordara un precio bajo en las referidas primas.

Ante este argumento, si bien la Sala estimó que el Ministerio invocó activamente a dichas empresas a bajar el precio de sus primas, concluyó que no existían pruebas que acreditaran que dicha entidad haya intervenido para recomendar o favorecer la fijación concertada de un monto común. Asimismo, aun cuando la intervención del Ministerio fue considerada como un factor atenuante a efectos de graduar la sanción a las empresas aseguradoras, se consideró que esta actuación estatal no eximía de responsabilidad a los agentes privados por el incumplimiento de la Ley de Libre Competencia:

Se debe precisar que no ha quedado demostrado en el expediente, ni existen indicios de que el MTC haya decidido o recomendado a las investigadas un precio único a ser cobrado por el SOAT. En tal sentido, si bien existen elementos que dan cuenta de que el MTC exhortó activamente a las empresas para que los costos del SOAT fuesen reducidos en lo posible, tal invocación no obligaba en forma alguna a las investigadas, que en el marco de economía social de mercado consagrado en la Constitución y, conforme a la regulación general de seguros, estaban en la libertad de fijar las primas que fueran más convenientes a sus intereses, siendo plenamente conscientes de ello.

(...)

Por tanto, las empresas decidieron voluntariamente adoptar los acuerdos de

⁶⁸ Actualmente, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

⁶⁹ Actualmente, la Sala de Defensa de la Competencia 1.

fijación de precios, tomando tal decisión en el marco de los órganos de la APESEG. En tal sentido, si bien la actuación del MTC debe ser considerada como un factor atenuante al evaluar la participación de las investigadas en la formación de los acuerdos - decisión para fijar precios, de ninguna forma la actuación del Ministerio rompe el nexo causal existente entre la conducta de las investigadas y la infracción, por lo que no afecta la existencia de responsabilidad por parte de las investigadas⁷⁰.

Los argumentos utilizados por la Sala parecen ser contradictorios entre sí, puesto que, por un lado, la Sala declara que no habría lugar a una exoneración de sanción debido a la ausencia de pruebas de que la autoridad pública haya fijado o recomendado un precio único a las empresas coludidas; pero por el otro, señala que incluso ante una invocación de la autoridad pública, las empresas investigadas tenían libertad para fijar sus precios.

Esta indefinición impide que se pueda extraer una conclusión clara acerca de la posibilidad de exoneración de sanción por la comisión de conductas anticompetitivas, en atención a la petición o actuación de hecho de una autoridad pública, no amparada en una norma legal.

Otro caso importante en el que la actuación estatal pudo exonerar de responsabilidad a un agente económico fue el del procedimiento seguido contra la empresa Ferrocarril Transandino (Fetrans), encargada de la administración del Ferrocarril Sur-Oriente obtenida mediante un Contrato de Concesión. En virtud de dicho contrato, la referida empresa obtuvo también el derecho para explotar el material tractivo y rodante entregado en concesión, por lo que lo arrendó de manera exclusiva a su empresa vinculada, Perú Rail (Perurail), oponiendo esta exclusividad a la empresa competidora Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu (Fersimsac) que le solicitó el alquiler de parte de este material. Frente a ello, Fersimsac denunció Fetrans por la negativa a arrendarle el material tractivo y rodante, justificada en esta presunta exclusividad permitida por el Contrato de Concesión.

La CLC declaró infundada la denuncia interpuesta contra Fetrans pues entendió que el Contrato de Concesión sustentaba la exclusividad otorgada a Perurail. Así, la CLC entendió que la negativa denunciada constituía, realmente, el ejercicio regular de un derecho amparado en el Contrato de Concesión:

(...) la conducta de Fetrans no puede ser sancionada como una negativa injustificada, dado que la posibilidad de alquilar el 100% del material tractivo y rodante a su empresa vinculada era una posibilidad no prohibida por la Circular N° 017, sino contractualmente posible por el Contrato de Concesión⁷¹.

La Sala, en cambio, interpretó que el Contrato de Concesión no le otorgaba a dicha empresa la exclusividad en el uso del material y que, por lo tanto, su negativa basada exclusivamente en lo dispuesto en el Contrato resultaba injustificada⁷².

Considerando que, en este caso, la justificación de la negativa de la empresa denunciada recaía esencialmente en lo dispuesto en el Contrato de Concesión, tanto para la CLC como para la Sala había que atender a lo previsto en dicho contrato para dilucidar si la conducta de Fetrans infringía o no lo previsto en el Decreto Legislativo N° 701. Siguiendo este razonamiento, si un Contrato de Concesión amparara la adopción de una conducta que pudiera ser considerada como anticompetitiva, esta estaría exenta de sanción.

Según el criterio desarrollado en este último caso, una disposición pública (lo que podría incluir no solo leyes en sentido estricto, sino también otros instrumentos que sirvan como marco regulatorio como por ejemplo un Contrato de Concesión) podría exonerar a una empresa de responsabilidad por infringir el Decreto Legislativo N° 701.

Dejando de lado la práctica jurisprudencial, es pertinente preguntarse por lo que ha sucedido en el plano normativo: ¿se ha previsto alguna solución específica para estos supuestos en los que la intervención estatal parecería provocar una exención?

⁷⁰ Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003, en el procedimiento seguido de oficio contra nueve compañías de seguros y el gremio que las agrupa (Exp. 004-2002-CLC).

⁷¹ Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC del 4 de setiembre de 2006, en el procedimiento seguido por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu y la Comisión de Libre Competencia contra Ferrocarril Transandino (Exp. 010-2004/CLC y 012-2004/CLC - Acumulados).

⁷² Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI del 2 de julio de 2007, en el procedimiento seguido por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu y la Comisión de Libre Competencia contra Ferrocarril Transandino (Exp. 010-2004/CLC y 012-2004/CLC - Acumulados).

En su versión original, el Decreto Legislativo N° 701, promulgado en el año 1991, contenía un régimen de autorización de prácticas restrictivas de la competencia, bajo el cual, la CLC podía autorizar *a priori* determinadas conductas colusorias en atención a sus posibles efectos beneficiosos para el mercado y los consumidores⁷³. Es decir, no había una exención general de un grupo de conductas anticompetitivas o de un sector económico, sino que se trataba de un esquema de exenciones particulares a favor de quien solicitara y obtuviera dicha autorización.

Este sistema de autorizaciones singulares fue derogado en el año 1994 por el Decreto Legislativo N° 788. A pesar de ello, un sistema de similar naturaleza fue impuesto en su oportunidad por un Precedente de Observancia Obligatoria emitido por la Sala de Defensa de la Competencia en el año 2003⁷⁴. A diferencia del derogado artículo 7° del Decreto Legislativo N° 701, se trataba de un sistema de exenciones *a posteriori* de determinadas prácticas colusorias, equivalente al previsto en el artículo 81° del TCE⁷⁵.

⁷³ Decreto Legislativo N° 701.-

Artículo 7°.- La Secretaría de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia podrá autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas a que hace referencia el artículo 6° o categorías de las mismas, en los siguientes casos:

- a) Cuando contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico y siempre que:
 - 1) Permitan a los consumidores o usuarios participar en forma adecuada de sus ventajas;
 - 2) No impongan a las personas naturales o jurídicas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y,
 - 3) No permitan a las personas naturales o jurídicas partícipes, eliminar la competencia de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.
- b) Cuando tengan por objeto proteger o promover la capacidad exportadora nacional, en la medida que sean compatibles con las obligaciones que resulten de los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados y en particular los tratados de integración, según disponen los artículos 101° y 106° de la Constitución;
- c) Cuando tengan por objeto, en forma coyuntural o temporal, la adecuación de la oferta a la demanda, cuando se manifieste en el mercado una tendencia sostenida de disminución de aquella o cuando los excesos de la capacidad productiva sean claramente antieconómicos;
- d) Cuando produzcan una elevación suficientemente importante del nivel de vida de zonas geográficas o sectores económicos deprimidos; por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia, o tengan por objeto cooperar para la mejora de la producción, la tecnología o similares.

⁷⁴ Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003, en el procedimiento seguido de oficio contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros - APESEG y otros (Exp. N° 004-2002-CLC):

- "1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701.
2. De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia - producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas - o el abuso de una posición de dominio en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.
3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general..
4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.
5. La fijación concertada de precios contemplada expresamente en el literal a) del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701 constituye una práctica restrictiva de la libre competencia que contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia. En consecuencia, para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención indicados en el numeral anterior".

(subrayado añadido).

⁷⁵ Actualmente artículo 101° del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Sin embargo, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1034 en el año 2008, se eliminó este sistema de exenciones, lo que no obsta a que la autoridad de competencia pueda considerar que una práctica colusoria de prohibición relativa no sea sancionable, siempre que se cumplan con las condiciones previstas en el artículo 9^o⁷⁶.

Será recién con el mencionado Decreto Legislativo N° 1034 que encontraremos un dispositivo normativo que regule expresamente la figura de la exención legal, específicamente, a través del artículo 3°.

4. La solución al conflicto: lo que dice y, principalmente, lo que calla el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1034

4.1 ¿Qué dice?: lo que (no) expresa el artículo 3°

El artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1034 o Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA) dispone expresamente lo siguiente:

Artículo 3°.- Ámbito de aplicación objetivo.-

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

El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores. No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la Libre Competencia y el bienestar del consumidor.

Sin perjuicio de la posterior revisión del segundo párrafo del citado artículo, nos detendremos ahora a analizar cuál es el efecto para el *enforcement* de la Libre Competencia que se deriva del contenido del primer párrafo.

Este artículo tendría como referente normativo el artículo 4° de la LDC española que hemos comentado en el apartado II.1).

El objetivo de este artículo se encuentra claramente detallado en la Exposición de Motivos de la LRCA⁷⁷ y evidencia que la intención de su incorporación en la LRCA era la de esclarecer que solo una norma con rango de ley puede establecer una excepción a la prohibición y sanción de prácticas anticompetitivas:

El artículo 3 del Proyecto excluye de su ámbito objetivo de aplicación aquellas conductas que se originan como consecuencia de lo dispuesto en una norma legal, que es el caso de las leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia.

(...)

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

Al igual que el caso español, la incorporación de la exención legal en la norma de Defensa de la Competencia peruana no responde a un intento de restringir la aplicación y efectividad de la legislación *antitrust*, sino por el contrario, al propósito de confinar la actuación estatal que pudiera otorgar inmunidad a agentes privados para la comisión de prácticas anticompetitivas.

En efecto, una ley puede incorporar un supuesto de excepción a la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y con ello limitar el *enforcement* de la Libre Competencia, sin necesidad de que la Ley peruana de Competencia haya previsto la exención legal bajo comentario. Desde esta perspectiva, la ley peruana no añade nada nuevo a nuestro ordenamiento.

⁷⁶ Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.- Artículo 9°.- Prohibición relativa.-

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

⁷⁷ Dicho documento fue preparado por funcionarios de INDECOPI que integraron el Grupo Especial encargado de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; sin embargo, no fue publicado junto con el Decreto Legislativo N° 1034. La Exposición de Motivos fue remitida por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Oficio 650-2008-DP/SCM del 24 de noviembre de 2008. El texto puede ser revisado en el Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ.

La importancia del artículo 3° radica pues en lo que “calla”: en los supuestos de exención de responsabilidad *antitrust* que excluye por omisión; es decir, todos aquellos dispositivos normativos o ejercicio de potestades públicas que no encajen dentro del concepto de “norma legal”, como lo destaca la Exposición de Motivos de la LRCA. En consecuencia, una empresa no podrá considerarse exenta del cumplimiento de la LRCA, porque un reglamento administrativo, un acto administrativo o un contrato de concesión se lo permiten, debiendo respetar lo dispuesto en la norma *antitrust*, en cumplimiento del principio de jerarquía normativa.

Para que sea válida una exención legal debe ser claro que la intención del legislador ha sido la de excluir la aplicación de la norma de competencia. En este sentido, debe descartarse como opción que una entidad pública cree una exención únicamente porque tiene una habilitación legal para normar o regular las condiciones de un determinado mercado o una práctica comercial en concreto. Las potestades públicas distintas de la legislativa únicamente pueden desarrollar las exenciones a la Libre Competencia establecidas por una Ley, por lo que debe ser claro, a partir de la propia Ley, que una determinada práctica está exenta del control del Derecho de la Competencia.

Ahora bien, corresponde preguntarse si esta opción es la más adecuada: ¿solo una norma legal debería generar exención de responsabilidad *antitrust* u otros supuestos de intervención pública podrían generar el mismo efecto?

Desde una perspectiva de jerarquía normativa, consideramos que es correcta la opción escogida por el Decreto Legislativo N° 1034.

Si bien la defensa de la Libre Competencia se encuentra prevista en el artículo 61° de la Constitución Política del Perú, y es un bien jurídico esencial para el régimen constitucional económico de nuestro país, los contornos específicos de la protección de la Libre Competencia se encuentran desarrollados en el plano legislativo, específicamente, en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que prohíbe y sanciona tres tipos de conductas: el abuso de posición de dominio, las prácticas colusorias horizontales y las prácticas colusorias verticales.

Es decir, si bien la Constitución protege la Libre Competencia, es en el ámbito legislativo que se desarrolla específicamente cómo se debe dar esta protección. Dado que es la ley el instrumento normativo que identificará cuáles son las conductas que afectan la competencia, es lógico que sea también la voluntad legislativa la que determine qué prácticas que normalmente calificarían como anticompetitivas, queden exentas de sanción, debido a la protección de otros bienes jurídicos o intereses reconocidos constitucionalmente.

Solo el legislador podría limitar válidamente la efectividad de la protección de un valor constitucionalmente reconocido como la Libre Competencia. Sin perjuicio del eventual análisis constitucional que podría realizarse de esta limitación, si el esquema específico de protección de la Libre Competencia ha sido previsto y desarrollado a nivel legislativo, solo una voluntad del mismo nivel jerárquico podría anteponer la persecución de otros objetivos y replegar la Defensa de la Libre Competencia.

Una posición contraria permitiría que cualquier entidad pública como un ministerio, un organismo público descentralizado o un funcionario público establezcan excepciones a lo que el legislador estableció como objetivo: la defensa de la Libre Competencia. Ello sería incongruente con las jerarquías normativas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

Precisamente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), las normas legales o fuentes normativas con rango de Ley ocupan el rango primario en la jerarquía normativa prevista en nuestro ordenamiento, solo por debajo de las normas constitucionales⁷⁸. En tal sentido, una norma de inferior rango no podría eximir a un agente económico del respeto de las obligaciones contenidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Sin perjuicio de lo señalado, y recordando los cuestionamientos existentes a la práctica jurisprudencial española, resulta pertinente preguntarse cómo debe actuar un agente económico frente a una norma infralegal o una actuación pública que lo habilita a realizar conductas anticompetitivas. Es decir, ¿qué debe hacer una empresa si se encuentra con un

⁷⁸ Ver Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006, numerales 15-30 (Exp. N° 047-2004-AI/TC).

reglamento o un acto administrativo que le otorga cobertura para realizar una conducta que podría infringir el Decreto Legislativo N° 1034?

Para dar respuesta a esta interrogante, podemos distinguir dos supuestos: (i) cuando una norma infralegal o un acto de la Administración Pública permite o promueve la realización de una conducta que podría calificar como anticompetitiva, y (ii) cuando una norma infralegal o un acto de la Administración Pública impone un mandato de actuación que podría ser considerado como anticompetitivo.

En ambos casos el administrado será consciente de que no cuenta con inmunidad *antitrust*, toda vez que no existe una norma de rango legal que pueda darle la cobertura requerida por el artículo 3° de la LRCA. Con todo, esta distinción es importante, porque nos permite apreciar cuál es el margen de acción que tiene un agente económico frente al ejercicio de alguna potestad pública que, al no ser legislativa, no podrá brindarle exoneración ante una eventual sanción por infringir la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

En el primer caso, existe un margen de acción para la empresa, pues no está "obligada a hacer algo"; el dispositivo infralegal simplemente le habilita una vía de acción, esto es, el agente económico puede optar por dar cumplimiento a la LRCA y abstenerse de adoptar una conducta que podría ser considerada como anticompetitiva, sin el temor de sufrir una consecuencia jurídica negativa, como la imposición de una sanción por omitir realizar la práctica que otra norma o entidad pública había autorizado o fomentado.

El escenario descrito en el párrafo anterior es el mismo al que se enfrenta cualquier otro agente económico en el mercado. Salvo en los casos de

prohibición absoluta, al momento de implementar una práctica comercial que restrinja de algún modo la competencia, una empresa no tiene total certeza de que dicha conducta pueda ser considerada anticompetitiva o no, toda vez que la autoridad en la materia deberá realizar previamente un análisis ponderado sobre los efectos anticompetitivos que genera y los efectos positivos en términos de eficiencia económica. Del mismo modo, cuando una empresa se enfrenta ante un dispositivo infralegal que la habilita a realizar una determinada conducta, puede optar por llevarla a cabo, sin tener la total convicción de que ella pueda ser considerada como anticompetitiva por la autoridad pertinente.

Por ello, concluimos que en este tipo de supuestos no varía el *status* del administrado frente al cumplimiento de la Ley de Libre Competencia. Deberá ponderar los posibles efectos que una conducta puede generar sobre el proceso competitivo y optar por llevarla a cabo o desistir de hacerlo, a partir del pleno conocimiento de que no existe una habilitación legal que pueda exonerarlo de responsabilidad ante la Autoridad de Defensa de la Competencia.

Según la alternativa propuesta, consideramos que deberían descartarse razonamientos como los de la CLC y la Sala en el caso *Fetrans*, que admitirían la posibilidad de exoneración de responsabilidad *antitrust* cuando un dispositivo normativo distinto al legal o un contrato ha permitido (y no impuesto) la realización de una determinada conducta. En efecto, y desarrollando el caso concreto de *Fetrans*, un contrato -aun cuando haya sido celebrado por el Estado- no puede exonerar del cumplimiento de una norma con rango legal. Los contratos deben respetar lo previsto por la Ley⁷⁹, y cualquier disposición contractual contraria a la ley resulta nula.

⁷⁹ Código Civil

Artículo 140°.- **Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales**

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Agente capaz.
 - 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
 - 3.- Fin lícito.
- (...)

Artículo 219°.- **Causales de nulidad**

El acto jurídico es nulo:

- 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
 - 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358°.
 - 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
 - 4.- Cuando su fin sea ilícito.
- (...)

(subrayado añadido)

Constitución Política del Perú.-

Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (...)

La situación varía en el segundo escenario, esto es, cuando una manifestación de la potestad pública, distinta a la legislativa, impone la obligación de realizar una determinada conducta. Por un lado, el incumplimiento de esta obligación puede suponer la activación de alguna consecuencia jurídica negativa como la aplicación de una sanción. Por el otro, el cumplimiento de dicho mandato podría propiciar el inicio de un procedimiento sancionador ante la CLC y terminar con la imposición de una multa, si la autoridad administrativa estima que la práctica cometida califica como una conducta prohibida por la LRCA. Se puede apreciar, así, que el margen de acción de una empresa ha sido considerablemente reducido en este segundo supuesto.

Una posición que privilegie la seguridad jurídica para los administrados podría optar por admitir también la exoneración de responsabilidad *antitrust* en estos supuestos. De este modo, los agentes económicos no sufrirían las consecuencias negativas previstas en el ordenamiento de Defensa de la Competencia por realizar una conducta que, aun cuando pudiera ser anticompetitiva, ha sido impuesta por una autoridad pública. En esta línea

de pensamiento encontrábamos a autores como Zambrini y Rebollo en España, quienes resaltaban la ausencia de voluntad por parte de las empresas (elemento de culpabilidad) al momento de realizar una práctica anticompetitiva dictada por una entidad pública y que, por lo tanto, deberían estar exentas de responsabilidad frente a las leyes de Defensa de la Competencia. En la misma línea de pensamiento se encuentran Patrón⁸⁰ y Gagliuffi⁸¹ en Perú, quienes destacan la inseguridad en que se encontrarían los operadores económicos si pudieran ser sancionados por INDECOPI en este tipo de casos.

Esta situación se haría más complicada si pensamos en algún supuesto en el que una norma infralegal imponga una conducta que no es claramente anticompetitiva, es decir, una actuación que *a priori* no puede ser identificada como anticompetitiva. La inseguridad en este caso sería mayor dado que un agente económico podría tener serias dudas acerca de la posible infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por lo que, al dar cumplimiento a la norma infralegal, no necesariamente tendría la certeza de estar contraviniendo la norma *antitrust*.

⁸⁰ “Los particulares o los administrados que actúan dando cumplimiento a un mandato soberano legítimamente emanado del Estado, ya sea que éste se manifieste a través de un acto o de un reglamento también se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de, o son inmunes frente a, la normativa general de libre competencia. (...) Consecuentemente, cuando el Estado actúa en ejercicio de sus poderes soberanos y regula determinadas actividades, disponiendo modos específicos de actuación para los particulares, la ejecución de tales actividades en cumplimiento de lo ordenado por el Estado no puede acarrear responsabilidad para los administrados. Dicho de otro modo, el ejecutar instrucciones emanadas del poder soberano del Estado no puede ser considerado como una actividad comercial sujeta al ámbito de aplicación de la legislación de competencia. Sostener lo contrario estaría absoluta predictibilidad al sistema legal, colocando al particular frente a una posible elección diabólica, puesto que si el administrado cumple una orden estatal emanada de un acto soberano podría luego verse sancionado por infringir las normas de competencia; mientras que si opta por desacatar la orden soberana de una entidad estatal para salvar su responsabilidad frente a la posible aplicación de la Ley de Libre Competencia, podría igualmente terminar siendo pasible de sanciones y gravámenes por parte de la autoridad sectorial competente”. PATRÓN, Carlos. “El que Mucho Abarca, poco Aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en Materia de Libre Competencia”, en: *Derecho y Sociedad* N° 30. Lima, 2008, p. 406. (el doble subrayado es añadido).

Del mismo, en otra oportunidad, el mismo autor indica que no cabe sancionar a los agentes económicos que cumplen lo ordenado por el Estado, en sentido general: “(...) cuando el Estado actúa en ejercicio de sus poderes soberanos, conforme a las disposiciones legales que lo autorizan, disponiendo modos específicos de actuación para los particulares. La ejecución de tales actividades en cumplimiento de lo ordenado por el Estado no puede acarrear responsabilidad para los administrados. Sostener lo contrario resultaría incoherente, pues colocaría al particular frente a una elección diabólica: si el administrado cumple la orden estatal podría luego verse sancionado por infringir las normas de competencia; mientras que si opta por desacatar la orden estatal para salvar su responsabilidad frente a la posible aplicación de la Nueva Ley de Libre Competencia, podría igualmente terminar siendo pasible de sanciones y gravámenes por parte de la autoridad estatal que desarrolla la acción excluida del ámbito de aplicación de la LRCA” (el subrayado es añadido). PATRÓN, Carlos. “Acieros, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, en: *Ius et Veritas* N° 36, 2008, p. 130.

⁸¹ Por su parte, Gagliuffi destaca la peligrosa situación en que se encuentran los agentes económicos que cometen conductas anticompetitivas con ocasión de la intervención estatal, para posteriormente sustentar la necesidad de aplicar las normas de competencia también a los funcionarios públicos que participan en estas prácticas: “Si bien es cierto que los agentes económicos en teoría deberían rechazar cualquier propuesta de funcionarios públicos o autoridades políticas destinadas a restringir la competencia, lo cierto es que existe una relación de innegable verticalidad y “temor jerárquico” que compromete en algunas oportunidades la supervivencia misma de los agentes empresariales en el mercado, dependiendo del mayor o menor grado de poder que ejerza el funcionario o político, así como su racionalidad en el ejercicio de dicho poder.

Por lo tanto, resulta injusto y, al mismo tiempo, irracional, que en aquellos supuesto en los cuales un funcionario público o una autoridad política impulsa, promueve o incluso exige la realización de actos anticompetitivos, no sea sometido a la legislación *antitrust* debido a una interpretación sumamente restringida de la normatividad, cuando en realidad se encuentran perfectamente comprendidos, toda vez que participan indirectamente en la comisión del acto ilegal”. GAGLIUFFI, Ivo. “¿Por qué el largo brazo de la ley de libre competencia no alcanza a los políticos y funcionarios públicos?”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales. Libre Competencia*. Año 3. N° 32. Febrero 2004, p. 13.

Sobre este particular, la estudiada jurisprudencia comunitaria europea sobre la “eliminación del efecto útil” actuaría a favor del administrado. Así, debemos recordar que si una empresa realiza una conducta anticompetitiva que ha sido impuesta por una disposición estatal que no haya sido previamente considerada por la autoridad de competencia como contraria al propio TCE, estará exenta de sanción según el criterio desarrollado en el ya comentado Asunto *CIF*.

La doctrina del “efecto útil” reconocería aparentemente la ausencia de voluntad y de responsabilidad *antitrust* en una empresa que, a pesar de conocer la primacía de la norma comunitaria, ha dado cumplimiento a una imposición estatal, a un mandato obligatorio de Derecho Interno. Sin embargo, considerando que el criterio de la seguridad jurídica es lo que determina la posibilidad de exoneración, la propia jurisprudencia comunitaria entendería que sí existe seguridad jurídica cuando la autoridad de competencia ha señalado previamente que una disposición interna es contraria (al efecto útil de) al TCE. En este caso, una empresa no podría alegar la ausencia de voluntad porque ya habría un pronunciamiento que habría dispuesto, en la práctica, que no debe obedecerse el mandato de una disposición nacional por contravenir el TCE y, por consiguiente, sí sería sancionable por infringir los artículos 81° u 82° de la norma comunitaria.

De manera análoga, y aplicando el supuesto de hecho a un conflicto entre una norma infralegal y el Decreto Legislativo N° 1034, si una conducta anticompetitiva hubiera sido impuesta, por ejemplo, por un reglamento administrativo, una empresa estaría exenta de responsabilidad si es que dicho reglamento no ha sido declarado previamente ilegal o contrario a la norma de Libre Competencia.

Pese a tratarse de una discusión que reconocemos muy polémica, sostenemos que nuestro sistema de Defensa de la Competencia debería apartarse de la alternativa europea y apostar por un sistema como el incorporado en el artículo 3° de la LRCA, en el que cualquier práctica anticompetitiva que no cuente con un amparo de nivel legal, deberá ser considerada ilícita.

Entre un posible conflicto entre una norma legal y una norma infra-legal, estimamos que un agente económico debería priorizar el cumplimiento de la primera y optar, en última instancia, por incumplir la segunda. De este modo, en lugar de buscar la exoneración de la norma *antitrust* de rango legal,

debería optarse por perseguir la exoneración de la norma infralegal.

Quienes argumentan y demandan que el cumplimiento de cualquier mandato público puede exonerar a una empresa de responsabilidad por infringir la Ley de Libre Competencia, con mayor razón deberían admitir que el cumplimiento de una Ley puede exonerar a una empresa del cumplimiento de un precepto normativo de inferior jerarquía como un reglamento administrativo o de un mandato particular como un acto administrativo.

¿Por qué se busca la exoneración de la responsabilidad *antitrust* y no la exoneración por el incumplimiento de un dispositivo de menor jerarquía? Siendo evidente que el administrado debe optar por cumplir uno de los mandatos, sería más razonable que este optara por acatar el mandato emitido por una entidad de mayor rango, como el Poder Legislativo. Así, aun cuando una determinada conducta impuesta por un dispositivo infralegal no pueda identificarse claramente como anticompetitiva, el agente deberá analizar esta posibilidad (como lo haría cualquier empresa respecto de una conducta que podría considerarse como anticompetitiva, bajo una prohibición relativa), y optar por abstenerse de llevarla a cabo, priorizando el cumplimiento de la norma jerárquicamente superior, la Ley de Defensa de la Competencia.

En esta misma línea, Castillo critica la exención de responsabilidad establecida en el caso *CIF* por el TJCE, al considerar que esta posibilidad supondría la preponderancia de un ordenamiento de menor jerarquía (el nacional) sobre otro de mayor jerarquía (el comunitario):

(...) se trata de una situación de obligaciones que entran en contradicción (una prohibiendo un comportamiento, la otra obligando a seguir tal comportamiento) y la empresa debe decidir “autónomamente”, por utilizar la terminología del Tribunal, si respeta una u otra obligación. Considerar que la “imposición” solo viene de la norma nacional, en cuanto que en cierta manera “anula” la voluntad de la empresa resulta considerar que, en el fondo, las normas comunitarias tienen una obligatoriedad limitada y subordinada. En efecto, lo que se mantiene entonces es que la norma nacional vincula realmente [a] la empresa a hacer algo, mientras que la norma comunitaria no tiene tal efecto. Por otro lado, supone en el fondo considerar que el efecto directo del artículo

81° CE está en alguna medida subordinado al propio Derecho nacional⁸².

Haciendo el símil con un ordenamiento nacional, la aplicación de una Ley no debería verse limitada por una disposición infralegal. Así, resultaría contradictorio argumentar que un administrado no tiene voluntad (elemento subjetivo del tipo) de infringir una norma cuando cumple el mandato de un dispositivo normativo infralegal, pero admitir que sí la tiene para desobedecer el mandato de un dispositivo normativo legal como la LRCA.

Si se adoptara la posición opuesta y se permitiera que cualquier ejercicio de una potestad pública genere la exoneración de responsabilidad *antitrust* que actualmente está limitada solo a la voluntad legislativa, se generarían muchos incentivos para que los operadores económicos encuentren en la función pública un nuevo instrumento para evadir el deber de competir en el mercado. Ciertamente, las empresas, en particular aquellas que tienen un mayor poder de influencia en las decisiones públicas, podrían tratar de ejercer este dominio para conseguir que una entidad o funcionario público no solo permita una práctica comercial sino que imponga un mandato de conducta que resulte contrario a las prohibiciones de la LRCA. De este modo, se verían cubiertas frente a cualquier intento de *enforcement* que inicie la agencia de competencia, como sucedía en los ejemplos de "terror" recreados al inicio del presente estudio. Es decir, se lograría desvirtuar la efectividad de una ley que desarrolla un objetivo constitucional como la Libre Competencia no en tutela de otros intereses públicos, sino de los intereses privados que han logrado "capturar" la voluntad pública infralegal.

La aproximación que proponemos a este problema no es reciente. Tampoco se trata de una dificultad que pueda surgir solo en nuestro país por los altos índices de corrupción que se manejan en algunas entidades públicas. Se trata de una constatación realizada en otras jurisdicciones donde se ha verificado que las exoneraciones públicas a Libre Competencia representan atractivas herramientas que siempre son perseguidas por los operadores privados que deseen sustraerse a las obligaciones que imponen las normas de Defensa de la Competencia. Así, por ejemplo, tenemos a Marcos quien destaca la importancia del comentado

artículo 4° de la LDC española desde la perspectiva que venimos analizando:

La relevancia de esta exención es mayúscula pues la experiencia demuestra cómo, a medida que aumenta la aplicación de las prohibiciones de Defensa de la Competencia, multiplicándose los procedimientos y las sanciones, las empresas se esfuerzan en conseguir que las restricciones al funcionamiento competitivo del mercado se introduzcan o incorporen en normas jurídicas o intervenciones públicas para evitar la aplicación de las prohibiciones. Estas estrategias han sido seguidas con éxito por las empresas que cuentan con sistemas de Defensa de la Competencia más avanzados. Se comprueba, además, que son más eficaces y efectivas para garantizar y asegurar el propósito anticompetitivo, sin suscitar los riesgos y los peligros que generan las restricciones privadas a la competencia⁸³. (el subrayado es nuestro)

La misma perspectiva es compartida por Muris, antiguo presidente de la FTC norteamericana, quien advierte sobre las ventajas que los particulares encuentran en la obtención de restricciones públicas a la competencia que amparen u otorguen validez a "cárteles privados":

En efecto, es probable que las empresas racionales prefieran restricciones públicas gubernamentales [a la competencia]. A diferencia de las restricciones privadas, no hay necesidad de mantener secretos "de trastienda" o de incurrir en costos de manejar un cartel escondido. Las restricciones públicas pueden ser abiertas y notorias. Las restricciones públicas también son medios más eficientes de resolver el problema de acceso al mercado. Antes que monitorear incesablemente el mercado para detectar nuevas empresas, una empresa puede confiar simplemente en un régimen público que, por ejemplo, otorgue solamente un número limitado de licencias. Quizás la ventaja más clara de las restricciones públicas es que ellas incluyen frecuentemente un mecanismo incorporado para el enforcement del cartel. Mientras que traicionar el cartel regularmente supera las ventajas de mantener un cartel privado, los cárteles públicos no sufren tal defecto. Los traidores, una vez identificados, pueden ser sancionados a través de procesos gubernamentales⁸⁴. (el subrayado es añadido)

⁸² CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. Op. Cit., 2004, p. 172.

⁸³ MARCOS, Francisco. Op. Cit., 2007, p. 5.

⁸⁴ Traducción libre de: "Indeed, rational firms are likely to prefer public, governmental restraints, assuming that they are confident of their ability to secure such restraints. In many ways, public restraints are far more effective and efficient at restraining competition.

En el Perú, también encontramos esta preocupación en Gómez, quien destaca los efectos perversos que podrían generarse si se da una interpretación amplia al concepto de “norma legal” del artículo 3° de la LRCA:

Para comprender los alcances del artículo 3° de la LRCA es clave entender el término “norma legal” en él contemplado. Si es sinónimo de norma jurídica escrita con efectos generales, además de la Ley, los reglamentos administrativos (aprobados por Decreto Supremo, Resolución Ministerial, Resolución Directorial, Decreto Regional, Decreto de Alcaldía, etc.) entran en el concepto, lo cual es peligrosísimo, pues supondría que cualquier ministro, director general, superintendente, presidente regional, alcalde u otra autoridad facultada para emitir un reglamento administrativo, podría autorizar a una empresa a abusar de su posición de dominio o habilitar a varias empresas a realizar una práctica colusoria. Significaría que cualquier autoridad atribuida de la potestad reglamentaria podría perforar la LRCA para atender los “reclamos” (llámese lobby) de aquellos empresarios que no quieren competir y que necesitan un ambiente “monopólico” para saciar su apetito de ganancias a costa de los consumidores. Un respeto mínimo al bien jurídico protegido por el texto constitucional nos impide aceptar esta peligrosa interpretación⁸⁵.

Así pues, no es irreal suponer que, a medida que crezca el *enforcement* de la Libre Competencia en el Perú -lo que sería evidentemente positivo-, aumenten también los incentivos de las empresas para buscar herramientas más eficaces para restringir la competencia y evitar el consecuente daño concurrencial que podrían afrontar, una de las cuales sería la obtención de una exención pública.

En tal contexto, es importante que se admitan solo aquellas restricciones a la competencia que

válidamente persigan otros intereses también de relevancia constitucional. Uno de los medios para lograr ello consiste en limitar las posibilidades de generar exenciones a la aplicación de la legislación de Defensa de la Competencia, como lo pretende hacer el artículo 3° de la LRCA, que únicamente admite las restricciones de origen legal.

Si bien consideramos que no se puede admitir sin más la exoneración de responsabilidad *antitrust* en atención a lo impuesto por un dispositivo infralegal, sí creemos que la agencia de competencia debería tener en consideración este elemento al momento de resolver un caso. Así, una correcta apreciación de los hechos y del origen de estos dispositivos podría generar una aproximación más flexible por parte de la autoridad administrativa, que se podría manifestar a través de una atenuación de la sanción a imponer o la admisión de una solicitud de compromiso de cese, cuando haya evidencia que el presunto agente infractor no haya tenido una clara intención de restringir la competencia, sino que no haya podido advertir que la conducta impuesta por alguna entidad pública resultaba contraria a la LRCA (incertidumbre que cesaría, por ejemplo, con la imputación de cargos, y que explicaría una solicitud del compromiso de cese posterior).

4.2 ¿Cómo lo dice?: lo que debe entenderse por “norma legal”

Habiendo establecido nuestra posición acorde con la LRCA de restringir las exenciones a la Libre Competencia únicamente a los casos en que concorra una voluntad legal, es necesario preguntarnos si dentro de esta voluntad puede encontrarse el ejercicio de la función legislativa que realizan los Gobiernos Locales y Regionales.

De acuerdo a la jurisprudencia del TC, dentro del rango primario o normas con rango legal, se encuentran, además de las leyes en sentido estricto, las Resoluciones Legislativas⁸⁶, los tratados, el Reglamento del Congreso, los Decretos Legislativos,

Unlike private restraints, there is no need to maintain backroom secrecy or to incur the costs of conducting a covert cartel. Public restraints can be open and notorious. Public restraints are also a more efficient means of solving the entry problem. Rather than ceaselessly monitoring the marketplace for new rivals, a firm can simply rely on a public regime that, for example, provides for only a limited number of licenses. Perhaps the clearest advantage of public restraints is that they frequently include a built in cartel enforcement mechanism. While cheating often besets private cartels, public cartels suffer from no such defect. Cheaters, once identified, can be sanctioned through government processes”. MURIS, Timothy. Op. Cit., 2003, p. 2.

⁸⁵ GÓMEZ, Hugo. “El ámbito de aplicación objetivo de la reciente Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, en: *Actualidad Jurídica* N° 176. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 44.

⁸⁶ Para casos particulares como son: la aprobación de tratados conforme al artículo 56° de la Constitución, la concesión de la prórroga del estado de sitio, la autorización del ingreso de tropas extranjeras al territorio de la República sin afectar la soberanía nacional, la declaración de guerra y firma de la paz, y la autorización al Presidente de la República para salir del país. Fundamento Jurídico 17 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006 (Exp. 047-2004-AI/TC).

los Decretos de Urgencia, las Ordenanzas Regionales y las Ordenanzas Municipales⁸⁷. Centramos nuestra preocupación en las normas de origen regional y local porque, como lo demuestra la práctica jurisprudencial de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y la Sala de INDECOPI⁸⁸, son los Gobiernos Regionales y Locales las principales fuentes de restricciones indebidas a la competencia y al ejercicio de la libertad de empresa, por lo que no habría de sorprendernos que también puedan ser el origen de muchas autorizaciones o mandatos que amparen la comisión de conductas anticompetitivas.

Con relación a esta interrogante, cabe recordar que, aun con un sistema de organización distinta, la práctica jurisprudencial norteamericana de la *state action* había admitido que también las autoridades estatales emitan exoneraciones del cumplimiento de la norma federal *antitrust*. De manera similar para el caso peruano, ¿podría entenderse que también las normas legales de los gobiernos locales y regionales pueden exonerar del cumplimiento de la norma de Libre Competencia emitida por el Gobierno Central?

Nuestra respuesta a esta interrogante debe ser negativa principalmente por dos razones: por el esquema de distribución de competencias previsto en la Constitución Política, y por la interpretación de la voluntad legislativa subyacente en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1034.

En relación con el primer aspecto, debemos señalar que, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución, el Estado peruano es unitario y descentralizado. Ello implica que no existe un “dominio” del gobierno central sobre los gobiernos regionales y locales, sino que existirán

“órganos de poder territorialmente delimitados, a los cuales se les dota de autonomía política, económica y administrativa, sin embargo, su ejercicio debe realizarse dentro de lo previsto por la Constitución y las leyes marco que regulan el reparto competencial de los gobiernos regionales y municipales”⁸⁹.

En tal sentido, el ejercicio de las potestades de los gobiernos regionales y locales debe efectuarse respetando las competencias establecidas constitucional y legalmente, con miras a preservar la unidad e integridad del Estado. Así, los gobiernos regionales y locales están prohibidos de dictar normas que contravengan los intereses nacionales.

Debe considerarse además que, según la referida jurisprudencia constitucional, el principio de unidad⁹⁰ se conforma, a su vez, de los principios de “taxatividad” y “residualidad”, en virtud de los cuales, los gobiernos regionales y locales solo pueden ejercer aquellas competencias expresamente concedidas^{91 92}.

⁸⁷ Fundamentos Jurídicos 16 - 30 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006 (Exp. N° 047-2004-AI/TC).

⁸⁸ Solo a modo referencial, puede indicarse que entre los años 2005 y 2008, el 84% de los procedimientos iniciados ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI por la imposición de barreras burocráticas ilegales o irracionales, se originaban en disposiciones o actuaciones de los gobiernos locales. En el segundo semestre de los años 2009 y 2010, el 69% y 52% (respectivamente) de los procedimientos correspondía a gobiernos locales y regionales. Fuente: Índices de Barreras Burocráticas 2005, 2006, 2007 y 2008; y Boletines Semestrales de diciembre de 2009 y diciembre de 2010 de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI.

⁸⁹ Fundamento Jurídico 41 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 27 de setiembre de 2005 (Exp. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC - Acumulados).

⁹⁰ **Constitución Política del Perú.-**

Artículo 189°.- El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la Ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación.

⁹¹ Puede verificarse este principio de taxatividad a partir de los artículos 191°, 192°, 194° y 195° de la Constitución, que señalan que los gobiernos regionales y locales ejercen las atribuciones conferidas por Ley:

Constitución Política del Perú.-

Artículo 191°.- Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.

La estructura orgánica básica de estos gobiernos la conforman el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador, el Presidente como órgano ejecutivo, y el Consejo de Coordinación Regional integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil, como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, con las funciones y atribuciones que les señala la Ley.

El Consejo Regional tendrá un mínimo de siete (7) miembros y un máximo de veinticinco (25), debiendo haber un mínimo de uno (1) por provincia y el resto, de acuerdo a Ley, siguiendo un criterio de población electoral.

El Presidente es elegido conjuntamente con un vicepresidente, por sufragio directo por un periodo de cuatro (4) años, y puede ser reelegido. Los miembros del Consejo Regional son elegidos en la misma forma y por igual periodo. El mandato de dichas autoridades es revocable e irrenunciable, conforme a Ley.

La Ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales.

Así, el TC ha señalado que:

Los Gobiernos Regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. En otras palabras, los Gobiernos Regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente, corresponden al Gobierno Nacional (cláusula de residualidad)⁹³.

En tal sentido, ni en la Constitución ni en las leyes que regulan sus funciones e integran el bloque de constitucionalidad (Ley de Bases de la Descentralización, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades) puede encontrarse la habilitación para que los gobiernos regionales o legales regulen temas vinculados a la Defensa de la Competencia, ni mucho menos para que establezcan una excepción a este régimen creado por el Poder Legislativo del Gobierno Nacional, en atención a la previsión constitucional del artículo 61°.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que en virtud del principio de competencia, ni los gobiernos

regionales ni los gobiernos locales pueden dictar normas que invadan competencias asignadas constitucionalmente al Gobierno Nacional, puesto que adolecerían de un vicio de inconstitucionalidad indirecta⁹⁴. En este contexto, el TC ha reconocido que la protección de la Libre Competencia es una materia cuyo desarrollo ha sido encargado a una Ley⁹⁵, por lo que la regulación de esta materia -lo que incluye evidentemente el establecimiento de excepciones al Régimen de Defensa de la Competencia- por una ordenanza regional o local sería, consecuentemente, inconstitucional.

En lo que respecta al segundo aspecto, consideramos que puede extraerse del propio artículo 3° de la LRCA una voluntad de limitar la actuación de los niveles regionales y locales de gobierno en aquello que concierne a la protección de la Libre Competencia.

A diferencia de lo que ocurría con la *Sherman Act*, sí existen disposiciones en la LRCA que no están dirigidas únicamente a los agentes privados, sino también a entidades estatales. En efecto, cuando en el artículo 3° de la LRCA se establece que solo una norma legal puede exonerar de responsabilidad a los agentes económicos por infracciones a la

Artículo 192°. - Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo. Son competentes para:

(...)

10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

Artículo 194°. - Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a Ley.

La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la Ley.

Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cuatro (4) años. Pueden ser reelegidos. Su mandato es revocable e irrenunciable, conforme a ley.

Artículo 195°. - Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Son competentes para:

(...)

10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a Ley.

(subrayado añadido).

⁹² Cf. GÓMEZ, Hugo. "¿Puede una Municipalidad eludir el control de la Comisión de Acceso al Mercado?," en: *Revista de Derecho y Economía*. Invierno 2007, p. 89.

⁹³ Fundamento Jurídico 49 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 27 de septiembre de 2005 (Exp. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC - Acumulados).

⁹⁴ "Dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200° 4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, pues tienen un ámbito normativo competencial distinto. Lo cual no significa que éste pueda ser desintegrado, ni mucho menos, contrapuesto. De hecho -según se ha podido referir, y respecto de lo cual a continuación se profundizará-, en tanto existen leyes a las que la Constitución ha delegado la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales, los gobiernos regionales no pueden expedir ordenanzas que resulten contrarias a ellas, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad indirecta". Fundamento Jurídico 61 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 27 de septiembre de 2005 (Exp. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC-Acumulados).

⁹⁵ "Finalmente, como aspecto fundamental de una economía social de mercado, el Estado facilita y vigila la libre competencia. El artículo 61° de la Constitución delega al legislador la labor de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas a efectos de garantizar no sólo la participación de los agentes de mercado ofertantes, sino de proteger a quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios". Fundamento Jurídico 32 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 15 de febrero de 2005 (Exp. 00034-2004-PI/TC).

LRCA, de manera indirecta se está transmitiendo un mensaje a las entidades que conforman el aparato estatal: el de abstenerse de dictar medidas que puedan promover, facilitar o imponer la realización de conductas anticompetitivas, salvo que el medio utilizado sea la emisión de una norma de rango legal.

Si bien ello no implica que la agencia de competencia controle la licitud de las medidas estatales, sí resulta claro que en la LRCA hay una preocupación por limitar las disposiciones que pueda adoptar el Estado y que tengan incidencia sobre la efectividad de la protección de la Libre Competencia. Y a partir de la revisión de la exposición de motivos de la LRCA, puede concluirse que el legislador no estimó admisible que las ordenanzas regionales o municipales exoneren de responsabilidad a las empresas por la comisión de conductas anticompetitivas. En efecto, cuando la exposición de motivos hace alusión a la "norma legal", omite incluir dentro de los ejemplos que enuncia a aquellas disposiciones de nivel regional y local:

El artículo 3º del Proyecto excluye de su ámbito objetivo de aplicación aquellas conductas que se originan como consecuencia de lo dispuesto en una norma legal, que es el caso de las leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia⁹⁶. (el subrayado es nuestro)

Al incluirse dentro de los ejemplos de normas legales específicamente a la Ley, al Decreto Legislativo y al Decreto de Urgencia, todas ellos dispositivos del nivel legislativo correspondiente al Gobierno Nacional, podría válidamente considerarse que la omisión fue intencional, queriéndose excluir a las normas legales de nivel regional y local.

Por las razones expuestas, consideramos que la LRCA, además de disponer la prohibición de la realización de prácticas anticompetitivas, conlleva también la intención de limitar las facultades regulatorias de los gobiernos regionales y locales cuando su ejercicio pueda hacer peligrar la efectividad del sistema de Defensa de la Competencia. Sin perjuicio de ello y admitiendo que esta aseveración no está sustentada en una declaración legislativa expresa, hubiera sido preferible que en la LRCA se precisara el concepto de "norma legal" para excluir expresamente a aquellas disposiciones que no provienen del Gobierno Nacional.

4.3 Lo que no debió decir: el polémico segundo párrafo del artículo 3º

A partir del desarrollo y análisis del concepto de norma legal utilizado por la LRCA en su artículo 3º hemos destacado la importancia de darle una interpretación restrictiva con el objeto de evitar la aparición desmedida de exenciones públicas que amparen la comisión de conductas anticompetitivas.

Teniendo ello en consideración, conviene analizar en este momento la segunda parte del artículo 3º de la LRCA que señala lo siguiente:

Artículo 3º.- Ámbito de aplicación objetivo.- (...)

El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores. No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la Libre Competencia y el bienestar del consumidor.

Esta segunda parte del artículo 3º de la LRCA no fue incluida en la versión inicial del Anteproyecto de Ley publicado por INDECOPI ni en el proyecto remitido por esta institución a la Presidencia del Consejo de Ministros, previo a su aprobación como Decreto Legislativo.

El contenido de este extracto del artículo 3º resulta impreciso, puesto que no se define en qué consisten las acciones que el Estado podrá asumir para "contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores", las mismas que pueden ser de distinta naturaleza, como por ejemplo, el otorgamiento de beneficios tributarios, reducciones arancelarias, regulaciones de calidad, acciones positivas para generar transparencia en el mercado, entre varias otras.

Otra interpretación de la segunda parte del artículo 3º de la LRCA consistiría en admitir que cuando el Estado intervenga, de cualquier forma, para "mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores", y esta intervención acarree que alguna empresa cometa una conducta anticompetitiva, esta última se encuentre exenta de responsabilidad.

⁹⁶ Ver nota a pie de página 377.

No obstante, esta interpretación debe ser descartada de plano, porque iría en evidente contradicción con la primera parte del artículo 3° de la LRCA, que limita la exoneración de responsabilidad *antitrust* a los supuestos de intervención legislativa del Gobierno Nacional. Asimismo, también resultaría opuesta al objetivo de restringir la intervención estatal que pueda afectar la Libre Competencia y el acceso al mercado que encontramos en la LRCA y en otras normas del ordenamiento económico como la ya comentada Ley N° 28896.

En nuestra opinión, el objetivo de la segunda parte del artículo 3° de la LRCA podría ser el de liberar de responsabilidad a la actuación estatal que contravenga lo dispuesto en el primer párrafo, esto es, que una entidad que carezca de voluntad legislativa disponga excepciones a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1034. En efecto, la primera parte del artículo 3° de la LRCA podía entenderse como una restricción para las entidades y funcionarios públicos, que no podrían (o no deberían) autorizar o imponer la comisión de conductas anticompetitivas. En este contexto, el incumplimiento del mandato del artículo 3° podría suponer incluso alguna responsabilidad administrativa para los funcionarios públicos que ampararan la ejecución de prácticas anticompetitivas, sin contar con el respaldo legislativo necesario.

En este contexto, la segunda parte del artículo 3° de la LRCA respondería a la necesidad de “liberar” a los funcionarios públicos de cualquier responsabilidad administrativa por la adopción de acciones que favorezcan las condiciones de oferta de los productos, aun cuando dichas acciones puedan implicar o favorecer la comisión de conductas anticompetitivas por parte de los agentes económicos, contraviniendo el mandato de la primera parte del artículo 3° de la LRCA.

En suma, a partir de la primera parte del artículo 3° de la LRCA, solo una norma de rango legal del Gobierno Nacional podría exonerar de responsabilidad *antitrust* a los distintos operadores del mercado. Por otro lado, si una entidad o funcionario públicos, mediante algún instrumento normativo o actuación administrativa que no sea una norma de rango legal, adopta acciones que puedan permitir la comisión de conductas anticompetitivas, los agentes económicos no se verán beneficiados con alguna exención de

responsabilidad. Pese a ello, en atención a la segunda parte del artículo 3° de la LRCA, estos funcionarios públicos no tendrán responsabilidad administrativa alguna si dichas acciones han estado dirigidas a mejorar las condiciones de oferta de los productos en provecho de los consumidores.

Sin perjuicio de la interpretación propuesta, resulta preocupante la incorporación de este segundo párrafo del artículo 3° de la LRCA, probablemente motivada por la desconfianza o la ignorancia parcial de algún sector del Gobierno respecto de la relevancia del sistema de Defensa de la Competencia en el Perú y de la necesidad de protegerlo incluso de las propias intervenciones estatales.

En este sentido, compartimos lo señalado por Bullard, quien advirtiendo los peligros del párrafo segundo del artículo 3° de la LRCA, en la medida que pretenda considerarse como un justificante para que el Estado reúna a los agentes económicos para concertar, califica esta medida de nefasta y afirma que “(...) destruye la cultura de la competencia y constituye una intervención inaceptable del Estado en la economía”⁹⁷.

V. Conclusión: El peligro de no ver el conflicto

“Se ha dicho, no sin razón, lo paradójico de que el Estado que promueve la Libre Competencia sea a su vez su principal enemigo, monopolizando, en ocasiones, y sometiendo a regulación administrativa otros determinados mercados”⁹⁸.

La cita precedente condensa nuestras preocupaciones sobre el tema abordado. Algunas manifestaciones de las potestades estatales pueden tener un importante impacto negativo no solo en el proceso competitivo, sino en la institucionalidad y la vigencia del sistema de protección de la Libre Competencia en nuestro país. En este trabajo hemos sustentado no solo que las entidades estatales pueden tener motivaciones para restringir la competencia, sino que también las empresas privadas encuentran en el Estado un posible aliado en este mismo objetivo.

Desde nuestra perspectiva, el Estado, las Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia y los propios operadores privados han soslayado, en cierta medida, el problema de

⁹⁷ BULLARD, Alfredo. “La nueva Ley de Competencia. ¿El regreso del Jedi?”, en: *Enfoque Derecho* N° 74. Julio, 2008, p. 4.

⁹⁸ BAÑO LEÓN, José María. Op. Cit., p. 86.

las restricciones públicas a la aplicación de las normas de Defensa de la Competencia; y ello se debe a que, no han entendido a cabalidad las relevantes y atractivas motivaciones que pueden tener los agentes económicos para utilizar la herramienta estatal como un medio más eficaz para eximirse del control *antitrust*.

Lo señalado no equivale a proponer una mayor intervención estatal en la economía. Por el contrario, consideramos que muchas de las incoherencias de nuestro sistema de Defensa de la Competencia tienen como origen algunas decisiones normativas-regulatorias estatales ineficientes o injustificadas. Así, consideramos que un repliegue regulatorio en favor de una

mayor aplicación de las normas de Defensa de la Competencia podría ser una alternativa de diseño favorable para nuestro país. Es por esta razón que proponemos siempre una postura restrictiva y limitante de la posibilidad de otorgar exenciones legales al cumplimiento de las leyes *antitrust*.

Creemos que, en la actualidad, las principales preocupaciones de una política de competencia no deben centrarse únicamente en aquellas afectaciones provenientes de operadores privados. Es momento de virar la óptica sobre nuestro propio eje y analizar las intervenciones anticompetitivas de un agente que, potencialmente, puede ser el más dañino de todos: el Estado.