

El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia

Daniel A. Gonzáles La Rosa*

En el presente artículo el autor presenta una análisis respecto a la cláusula de efecto equivalente desarrollada en el Decreto Legislativo N° 1029; evaluando si ésta resulta contraria al principio de tipicidad regulada en la Ley del Procedimiento Administrativo General. El autor hace un análisis comparativo de ambos textos normativos con la finalidad de dar respuesta a la interrogante planteada.

I. INTRODUCCIÓN

En líneas generales, las legislaciones de libre competencia están destinadas a promover la eficiencia económica en los mercados, a efectos de brindar mayores beneficios a los consumidores. Para ello, dichas legislaciones incluyen listados de conductas consideradas anticompetitivas, cuya realización por parte de los particulares conlleva la imposición de una sanción que, en algunos casos, puede llegar a ser de carácter penal.

En nuestro país, la defensa de la libre competencia en los mercados económicos ha sido encargada a una entidad administrativa. En efecto, el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección Intelectual, en adelante "INDECOPI", tiene entre sus órganos a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en adelante "la Comisión", la cual está encargada del cumplimiento de nuestra normativa de competencia¹.

En dicho escenario, el procedimiento administrativo que se lleva frente a la Comisión es uno principalmente sancionador, por lo que la validez y efectividad del resultado final dependerá del respeto de las normas procedimentales esenciales aplicables a este tipo de procedimiento, así como de los principios que deben ser seguidos en todo procedimiento administrativo sancionador. Dentro de estos principios cobra especial relevancia el de tipicidad pues, como es conocido, nuestra legislación de libre competencia (y casi todas las legislaciones de libre competencia del mundo) incluye siempre una "cláusula de efecto equivalente" que permite a la agencia de competencia sancionar conductas que

no están expresa y precisamente tipificadas en la ley, pero que pueden ser consideradas contrarias al bien jurídico tutelado por dichas legislaciones.

En ese sentido, el presente trabajo tiene por finalidad analizar si la cláusula de efecto equivalente contenida en el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en adelante "la Ley"², vulnera el principio de tipicidad exhaustiva contenida en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante "LPAG" a la luz de las modificaciones incluidas vía el Decreto Legislativo N° 1029; y, en cualquier caso, si resulta posible interpretar ambos dispositivos legales de manera que podamos llegar a la solución que creemos correcta.

II. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

El principio de tipicidad se encuentra expresamente recogido en la LPAG. En efecto, dicho principio se encuentra expresamente recogido en el Capítulo II ("Procedimiento Sancionador") del Título IV ("Procedimientos Especiales") de nuestra norma administrativa principal.

Sobre ello, debemos precisar que el mencionado Capítulo II de la LPAG contiene normas que disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados. Dentro de dichas normas se encuentran los principios específicamente previstos para los procedimientos administrativos sancionadores; los cuales cumplen, principalmente, funciones interpretativa (sirven de criterio hermenéutico para absolver

* Abogado por la PUCP. Asociado de Rebaza, Alcázar y de las Casas Abogados.

1 Salvo en el mercado de telecomunicaciones, en cuyo caso el órgano encargado de la aplicación de nuestra normativa de libre competencia es OSIPTEL.

2 Publicada el 25 de junio de 2008.

cualquier duda sobre el contenido y alcances de las reglas de la potestad sancionadora) e integradora (sirven de fuentes de integración para las lagunas jurídicas que se puedan identificar en la aplicación de las normas sancionadoras) en la potestad sancionadora de la Administración.

Uno de dichos principios es el principio de tipicidad, el cual está recogido en el artículo 230.4 de la LPAG:

“4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley **mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.** Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”.

Así, este principio exige la presencia de tres aspectos, a efectos de determinar la existencia de una conducta sancionable administrativamente, a saber:

- a. La reserva de Ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción;
- b. La exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables; y,
- c. La interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos.

De dichos requisitos, debemos centrar nuestra atención en el referido a la exigencia de certeza y exhaustividad en la descripción de las conductas sancionables. En efecto, dicho requisito es conocido como el de suficiencia en la tipicidad de las infracciones, y se entiende cumplido cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra. Del mismo modo, dicho principio prohíbe las denominadas tipificaciones vacías o en blanco, que son aquellas que en lugar de definir de manera cierta la conducta sancionable consideran como tales cualquier violación de la totalidad de una ley o de un reglamento, pues la vaguedad y generalidad del hecho que se considera ilícito determinará que sea la autoridad administrativa la que se encargue de la aplicación de la sanción quien tipificará, en cada caso, el hecho sancionable.

3 Publicada al 24 de junio de 2008.

4 Antes de la dación del Decreto Legislativo N° 1029, la norma modificada (artículo 229.2 de la LPAG) establecía que las normas del Capítulo II del Título IV de la LPAG serían aplicables de manera supletoria a aquellas entidades cuya potestad sancionadora estaba regulada por ley especial.

«El contenido del concepto jurídico “libre competencia” deberá siempre ser evaluado en función a los objetivos principales en dicha materia, esto es, la búsqueda de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores».

Sobre ello, cabe resaltar que el Capítulo II del Título IV de la LPAG fue modificado mediante el Decreto Legislativo N° 1029³. Así, dicho decreto legislativo estableció la obligatoriedad de los principios del derecho administrativo sancionador, los cuales deberán ser aplicados siempre por las entidades administrativas correspondientes sin importar si la entidad sancionadora cuenta o no con una Ley especial⁴.

Sobre la modificación antes detallada, debemos precisar que la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1029 expresó lo siguiente:

“Es así que el texto de la primera parte del artículo 229.2 del artículo 229° de la Ley N° 27444 importa el riesgo de permitir que determinadas entidades de la Administración Pública se eximan por completo de la aplicación de las disposiciones generales contenidas en el Capítulo II del Título IV de dicha Ley, al amparo de normas con rango de ley que regulen en forma integral el ejercicio de la potestad sancionadora que les hubiera sido atribuida. Esta situación daría la posibilidad que, por dicha vía, se creen procedimientos sancionadores de carácter especial que no revistan las garantías mínimas recogidas con carácter general en la Ley N° 27444, hecho que agravaría la situación jurídica de los administrados” (el resaltado es nuestro).

En ese sentido, resulta claro que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la obligatoria aplicación de los principios que regulan la potestad sancionadora de la Administración, sin que ninguna entidad pueda apartarse de los mismos por razón de su especialidad o competencia.

Del mismo modo, cabe señalar que la aplicación del principio de tipicidad al Derecho Administrativo

vo sancionador había sido plenamente aceptada, incluso antes de la dación de la LPAG.

En efecto, antes de la entrada en vigencia de la LPAG, los procedimientos administrativos estaban regidos por el Decreto Supremo N° 002-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, el cual no regulaba de manera sistemática ningún tipo de principio o norma general que atiende a la naturaleza especial de los procedimientos sancionadores llevados ante la Administración Pública. Sobre dicha ausencia de principios, DANÓS ORDÓÑEZ expresaba:

“Nuestro sistema jurídico carece de un cuerpo legal que trace con carácter general las líneas maestras del ordenamiento sancionador; es decir, que establezca expresamente principios comunes extensivos a los distintos campos de la actividad administrativa.

En ausencia de una regulación general de la potestad punitiva de la administración, los particulares están frecuentemente a expensas de la heterogénea normatividad de cada una de las materias administrativas de muy diverso contenido, lo que provoca una clara merma en la seguridad jurídica de los administrados, porque no está garantizada la unidad y coherencia en el ejercicio de tan importante potestad por parte de los organismos de la administración pública”⁵.

Sin perjuicio de lo antes expresado, es oportuno precisar que el principio de tipicidad ya había encontrado plena receptividad en nuestro sistema administrativo sancionador. Así, pese al silencio de la norma administrativa anterior, nuestro Tribunal Constitucional había reconocido expresamente la aplicación de dicho principio en materia administrativa sancionadora:

“Que, en esa perspectiva, este Tribunal ha de recordar que la prohibición constitucional de no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, así como la prohibición de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos, reconocidos en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2° y en el inciso 9) del artículo 139° de la Constitución, respectivamente; no constituyen garantías procesales constitucionalmente reconocidas que puedan resultar aplicables únicamente en el ámbito de los procesos de naturaleza penal, sino que, por extensión, constituyen también garantías que deben observarse en el ámbito de un procedi-

miento administrativo disciplinario y, en general, de todo procedimiento de orden administrativo —público o privado— que se pueda articular contra una persona”⁶.

De lo expresado hasta este momento, podemos apreciar lo esencial e importante que resulta el principio de tipicidad en materia administrativo-sancionadora, lo cual ha valido no sólo su reconocimiento legal en la actual LPAG (incluyendo la modificación del Decreto Legislativo N° 1029 antes citado), sino también la aceptación que la existencia y aplicación del principio de tipicidad no se deriva de dicho reconocimiento legal sino directamente de la Constitución Política de nuestro país, en tanto es una de las garantías inherentes al derecho al debido procedimiento que debe seguirse en materia sancionadora.

III. NOCIONES GENERALES ACERCA DE LA LIBRE COMPETENCIA. OBJETIVO Y CLÁUSULAS DE EFECTO EQUIVALENTE

Cuando las empresas compiten en el mercado con el fin de obtener las preferencias de los consumidores son tres los actores beneficiados: los propios consumidores, las empresas y el Estado; es decir, la sociedad en su conjunto.

Los consumidores se benefician porque obtendrán bienes y servicios a menores precios, con mejor calidad, en mayor variedad y al alcance de sus manos. El proceso competitivo permite a los consumidores elegir el producto que más se adapte a sus necesidades y limitaciones presupuestarias.

Las empresas ganan porque se ven forzadas a ser más eficientes. En competencia, las empresas reducirán sus costos (eficiencia productiva), incrementarán la calidad y diversidad de sus productos o servicios (eficiencia innovativa) y proveerán a los consumidores productos con precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). Las eficiencias mencionadas incrementan la competitividad de las empresas y con ello la posibilidad de aprovechar con éxito los procesos de integración económica. En efecto, para las empresas eficientes en términos de costos, calidad y diversidad de sus productos, la celebración de tratados de libre comercio abren la oportunidad para incrementar significativamente sus mercados.

El Estado gana porque la competencia incrementa la producción, lo que a su vez origina un aumento en la recaudación de impuestos y con ello la disponibilidad de recursos necesarios para cumplir con sus políticas públicas y mejorar los déficits existentes, tanto en infraestructura como en servicios.

5 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública”. En IUS ET VERITAS N° 10. Año 1995. P. 151.

6 Sentencia recaída en el Expediente N° 274-99-AA, de fecha 10 de agosto de 1999.

En un mercado en competencia, los precios y la producción se determinan por la libre interacción de la oferta y la demanda. Los precios cumplen el rol de brindar información relevante a las empresas y consumidores acerca de la escasez y preferencia de los recursos. Los precios son las señales que provee el mercado para que los agentes económicos tomen decisiones racionales en cuanto a qué producir y qué consumir.

El objetivo de la política de libre competencia

El artículo 1° de la Ley señala lo siguiente:

Artículo 1°.- Finalidad de la presente Ley

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Conforme lo estipula la norma antes citada, la finalidad de la defensa de la competencia es que la libre iniciativa privada se desenvuelva promoviendo la eficiencia económica en los mercados y procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

Según lo anterior, la finalidad de una política de competencia es garantizar y preservar el proceso competitivo entre las empresas con el fin de procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. Los mercados competitivos permiten la asignación de los recursos a sus usos más eficientes, maximizando de esta manera los beneficios del consumidor y de la sociedad en general.

A efectos de determinar el bienestar de la sociedad, resulta útil considerar los conceptos de excedente del consumidor y el excedente del productor. El excedente del consumidor se define como la diferencia entre el precio de reserva⁷ y el precio que efectivamente paga un consumidor por un producto o servicio que adquiere. Como se puede apreciar, esta diferencia es percibida por el consumidor como un ahorro en términos económicos, de manera que un mayor excedente del consumidor implica una mayor cantidad de renta disponible, que podría ser utilizada en la adquisición de más bienes, con lo cual el bienestar del consumidor se vería incrementado.

De forma análoga, el excedente del productor no es más que la diferencia entre el precio, al que efectivamente se vende un producto, y el precio al cual el productor hubiera estado dispuesto a venderlo. Así, el excedente está constituido por el beneficio o la ganancia del productor y; en consecuencia,

mientras mayor sea éste, el bienestar del productor mejorará.

En un mercado competitivo el agregado del excedente del consumidor y del excedente del productor y; por lo tanto, el bienestar de la sociedad, es el máximo posible. Sin embargo, en la medida que el objetivo básico de las empresas privadas es la maximización de sus beneficios; dicha situación podría crear incentivos para que, en ciertas ocasiones y dadas las condiciones particulares de cada mercado, las empresas participantes implementen prácticas anticompetitivas con el objetivo de extraer el máximo del excedente de los consumidores, mediante prácticas colusorias o eliminar a los competidores del mercado mediante prácticas de abuso de posición de dominio.

De acuerdo con lo antes señalado, podemos afirmar que la competencia es un proceso esencial en nuestra economía, que obliga a las empresas a volverse eficientes y a ofrecer una mayor variedad de productos y servicios a precios menores. En efecto, en una economía de mercado competitivo las señales de precios tienden a estar libres de distorsiones y a crear incentivos para que las compañías redistribuyan recursos, desviándolos de los usos menos valiosos a los usos más valiosos. La toma descentralizada de decisiones por parte de las empresas promueve la asignación eficiente de los escasos recursos de la sociedad, mejora el bienestar del consumidor y da lugar a una eficiencia dinámica en la forma de innovación, cambio tecnológico y, en general, progreso en la economía.

Sin embargo, no debemos olvidar que las empresas tienen incentivos para adquirir poder sobre el mercado, o sea, para obtener un control discrecional sobre los precios y otros factores asociados que determinen las transacciones comerciales. Este poder sobre el mercado puede surgir limitando la competencia por medio de la imposición de barreras al comercio, realización de arreglos colusorios para restringir los precios y la productividad, y otras prácticas comerciales anticompetitivas. Estas situaciones de competencia imperfecta generalmente se consideran como un fracaso del mercado, ocasionando una repartición ineficiente de recursos y afectando adversamente el rendimiento de la industria y el bienestar socioeconómico⁸.

Es en dicho contexto en donde cobra relevancia la actuación de la agencia de competencia, ya sea mediante un control de conductas (el cual actúa *ex post*) o un control de estructuras (el cual actúa *ex ante*). De esta manera, la agencia de competencia estará obligada a identificar, analizar y sancionar aquellas conductas que resultan anticompetitivas,

7 El precio de reserva es el precio más alto que un consumidor estaría dispuesto a pagar por un determinado bien.

8 KHEMANI, Shyam. "Objetivos de la Política de Competencia. Planeación y Desarrollo". En Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico. Vol. XXIV, N° 2. Año 2003. Bogotá.

y que tengan como finalidad principal lesionar el proceso competitivo en un mercado determinado.

La cláusula de efecto equivalente

Las “cláusulas de efecto equivalente” en materia de libre competencia hacen referencia a aquellas disposiciones legales que dejan abierta la posibilidad de sancionar, como una conducta anticompetitiva, a situaciones que no han sido expresamente detalladas como tales en la normativa pertinente, pero que producen el mismo resultado que las expresamente tipificadas, esto es, distorsionan el mercado y afectan negativamente al bien jurídico tutelado por nuestra normativa *antitrust*.

Así, en cuanto al abuso de posición de dominio, el inciso h) del artículo 10.2 de la Ley considera como prácticas anticompetitivas:

“h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”. (el resaltado es nuestro)

Del mismo modo, en cuanto a prácticas colusorias horizontales, el inciso k) del artículo 11.1 de la Ley considera prácticas sancionables:

“k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor razón económica”. (el resaltado es nuestro)

Como podemos apreciar, de manera similar a las demás legislaciones del mundo, nuestra normativa en materia de libre competencia incluye las cláusulas abiertas o de efecto equivalente; de manera que, en principio, la agencia de competencia podría sancionar conductas que no estén expresamente previstas en la legislación como infracciones pero que puedan tener un efecto negativo injustificado en perjuicio del mercado y la libre competencia que debe imperar en el mismo.

Del mismo modo, consideramos oportuno señalar que la cláusula de efecto equivalente no estuvo presente en la versión original de la primera norma de competencia en nuestro país. En efecto, la versión inicial del Decreto Legislativo N° 701, Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Competencia, no incluía una cláusula de efecto equivalente propiamente dicha, sino más bien la siguiente:

“Otros casos de efecto equivalente que sean tipificados por Decreto Supremo refrendado

por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas, de Justicia y de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración” (el resaltado es nuestro)⁹.

Como se puede apreciar, la cláusula original de la citada ley no constituía una cláusula de efecto equivalente pues, al requerir que la conducta a sancionarse sea previamente tipificada mediante decreto supremo, se vaciaba de contenido la utilidad de dicha cláusula, al requerir siempre la tipificación minuciosa previa como requisito para la sanción de conductas enmarcas en una realidad que muchas veces superaba la imaginación de legislador.

Ante dicha situación, el Decreto Legislativo N° 807 modificó los referidos incisos, sustituyéndolos por el siguiente tenor¹⁰:

“Otros casos de efecto equivalente”

Así, la modificación antes comentada tuvo como objetivo otorgar a INDECOPI la posibilidad de perseguir y sancionar otros supuestos contrarios a la libre competencia, que tengan efectos equivalentes a los expresamente enunciados. De esta manera, nuestro legislador consideró que la dinámica del mercado permitía que aparezcan nuevas prácticas o que las empresas encuentren nuevas formas de restringir la competencia o abusar de su posición de dominio. De esta manera, la Exposición de Motivos del mencionado Decreto Legislativo N° 807 expresó:

*“Esperar la dación de nuevas normas para combatir tales prácticas puede conducir a la ineficiencia total de la legislación de libre competencia para conseguir un funcionamiento más eficiente del mercado. Si bien la norma vigente prevé tipificar nuevas prácticas por Decreto Supremo, ello se muestra como **una limitación a la capacidad de respuesta rápida y eficaz del Estado al uso de prácticas equivalentes que dañan la competencia y por ende al consumidor**”¹¹* (el resaltado es nuestro).

IV. ¿LA CLÁUSULA DE EFECTO EQUIVALENTE VULNERA EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD?

En nuestra opinión, la cláusula de efecto equivalente no transgrede el principio de tipicidad, aplicable a todo procedimiento administrativo sancionador, siempre que se le dé una interpretación adecuada.

En efecto, dadas las características del bien jurídico denominado “libre competencia” y del “proceso competitivo” de los mercados económicos, intentar que una Ley determine expresamente y con toda

9 Inciso f) de los artículos 5° y 6° del Decreto Legislativo N° 701.

10 Artículo 12° del Decreto Legislativo N° 807.

11 Recopilación Ordenada de las Leyes del INDECOPI. Sello Editorial INDECOPI. Año 1999. P. 75.

precisión todas aquellas conductas, que podrían resultar anticompetitivas e ilegales, sería, por decir lo menos, un sin sentido jurídico y económico.

Así, debemos considerar que el concepto libre competencia es un concepto jurídico cuya determinación viene dado por las características y desarrollo de la economía en un momento determinado, por lo que intentar definir de antemano y para todos los casos que conductas podrían ser contrarias a dicho concepto resultaría imposible y arbitrario.

Así, siguiendo a NIETO podemos afirmar:

*“La suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la **predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta**. A la vista de la norma debe saber el ciudadano que su conducta constituye una infracción y, además, debe conocer también cuál es la respuesta punitiva que tal infracción depara el ordenamiento. O dicho con otras palabras: la tipificación es suficiente cuando consta en la norma la predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre la una y la otra.*

La descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximalistas sólo conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a la nulidad de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar”¹² (el resaltado es nuestro).

En esa misma línea, MORÓN URBINA expresa lo siguiente:

*“No sería opuesta a dicho principio (refiriéndose al de tipicidad) la utilización de **conceptos jurídicos indeterminados** en la definición de la conducta sancionable, siempre y cuando la concreción de tales conceptos sea razonablemente factible en virtud de estar referidos a criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. La unidad de solución que subyace en el concepto jurídico indeterminado hace que su utilización en las normas sancionadoras sea,*

en principio, admisible, pues al existir una sola solución la aplicación de la norma no comporta margen de discrecionalidad para el funcionario en la definición de la conducta”¹³ (el resaltado es nuestro).”

Adicionalmente, es oportuno señalar que uno de los riesgos de interpretar irracionalmente el principio de tipicidad puede llevar a la sobre inclusión, esto es, incluir dentro de la tipificación supuestos específicos que no participan en la necesidad de sanción o, peor aún, dejar a la Administración sin la posibilidad de sancionar conductas que no estén precisa y minuciosamente descritas en la normativa correspondiente, pese a ser nocivas para la libre competencia y la sociedad en su conjunto.

Al respecto, INDECOPI se ha pronunciado expresamente sobre el tema del presente trabajo, durante la vigencia de la normativa de competencia anterior. En efecto, con relación a las conductas anticompetitivas, la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI señaló que el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701 era el tipo identificador de dichas conductas (tanto para abuso de posición de dominio como para prácticas colusorias); mientras que los artículos 5° y 6° de dicha norma cumplían sólo una función descriptiva de las distintas manifestaciones del tipo de abuso de posición de dominio y del tipo de prácticas colusorias.¹⁴

En atención a los argumentos antes señalados, la cláusula de efecto equivalente contenida en nuestra Ley actual no vulneraría el principio de tipicidad, en tanto la misma sea interpretada de manera correcta, otorgando a la agencia de competencia la posibilidad de sancionar conductas no previstas expresamente en la Ley, sin que ello signifique el otorgamiento de potestades arbitrarias a la Administración en materia sancionadora.

En ese orden de ideas, la Comisión deberá interpretar sistemáticamente los dispositivos de la Ley a efectos de determinar si una conducta, que no ha sido expresamente descrita como sancionable, pueda ser encuadrada dentro de la cláusula de efecto equivalente bajo comentario.

Así, para el caso de situaciones de abuso de posición de dominio, la Comisión deberá verificar, además de la existencia de posición de dominio, los siguientes requisitos:

12 NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos S.A. Segunda Edición, Madrid. Año 2000. P. 293.

13 MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los principios delimitadores de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana”. En *Advocatus* N° 13. Año 2005. P. 233.

14 Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, emitida el 4 de junio de 2004 en el Expediente N° 001-2003/CLC, correspondiente al procedimiento seguido por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el señor Javier Diez Canseco Cisneros contra AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP's por presuntas infracciones a las normas de libre competencia. Sin perjuicio de ello, debemos señalar que, en dicha resolución también hubo un voto discordia, precisamente respecto de la tipicidad de la conducta denunciada, del doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena.

- a) Que la conducta cuestionada tenga la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial y de manera indebida las condiciones de la oferta o demanda en un mercado determinado.
- b) Que el denunciado obtenga beneficios directamente derivados de la conducta cuestionada.
- c) Que la conducta a sancionarse perjudique a los competidores del denunciado, sean éstos reales o potenciales, directos o indirectos, impidiendo o dificultando el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica; esto es, tenga un efecto exclusorio.
- d) Que la conducta a sancionarse sea una consecuencia directa (esto es, que sólo puede haberse llevado a cabo) de la posición de dominio del denunciado.

Por otro lado, para el caso de prácticas colusorias, además de la existencia del acuerdo, recomendación o decisión correspondiente, deberán verificarse los siguientes requisitos:

- a) La conducta debe tener por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.
- b) La conducta debe perseguir la obtención de beneficios por razones distintas a una mayor eficiencia económica.

De acuerdo con lo antes expresado, la cláusula de efecto equivalente no puede ser considerado como un tipo en si mismo, sino más bien debe entenderse que la tipificación de las conductas sancionables, en materia de libre competencia, viene dada por los artículos 10.1, 11.1 y 12.1 de la Ley; los cuales determinan las directrices principales (y suficientes) que deben configurarse para que una conducta sea considerada como anticompetitiva, siendo los casos citados en dichos artículos ejemplos incluidos en base a la experiencia nacional y comparada sin que de ninguna manera pueda interpretarse que nuestra agencia de competencia esté limitada a identificar y sancionar sólo dichas conductas.

En el contexto mencionado en el párrafo precedente, la cláusula de efecto equivalente simplemente confirmaría la generalidad (necesaria y suficiente) del tipo contenido en el dispositivo legal correspondiente, de manera que dicha cláusula siempre debe ser interpretada conforme a la luz del ordenamiento legal vigente.

En ese sentido, la admisión del concepto jurídico libre competencia como uno indeterminado y la determinación del tipo general sancionable en los dispositivos antes citados (10.1, 11.1 y 12.1 de la Ley) no pueden ser entendidos como que la agencia de competencia tenga facultades discrecionales para determinar qué conductas son sancionables, pues el contenido del concepto jurídico "libre competencia" deberá siempre ser evaluado en función a los objetivos principales en dicha materia, esto es, la búsqueda de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.