

Entrevista a Juan Francisco Rojas Leo\*

# Perspectivas y precisiones del Derecho de la Competencia

Por Aldo Blume Rocha  
José Luis Urruchi

*“El profesor Rojas Leo, tras su reciente paso por la presidencia de la Sala de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI, opina en retrospectiva sobre la labor realizada por esta importante institución, realizando importantes reflexiones sobre los principales casos vistos durante su gestión y brindándonos un alcance de los desafíos que se presentan para el Derecho de la Competencia del Perú en el futuro cercano.”*

## 1. Sobre la base de su experiencia como Presidente de la Sala de Defensa de la Competencia y del Tribunal del INDECOPI, ¿cuáles serían, en su opinión, los logros más relevantes, así como los defectos, de la institución en materia de Libre Competencia?

He sostenido abiertamente que el modelo INDECOPI tiene una debilidad de partida: la resolución administrativa de las controversias. Esta condición estructural determina que la autoridad administrativa, podría estar circunscrita a cumplir un rol acusatorio, al estilo de una fiscalía especializada en lo económico, que presente casos para que una autoridad jurisdiccional resuelva, tenga que estar llamada a desarrollar el rol de la instrucción, sin estar entrenada, sin estar premunida de los instrumentos legales, y sin estar convencida de que ese es su rol. Muchas veces me he preguntado si esto no fue diseñado así, precisamente por quienes tenían interés en afirmar que en el Perú existía un sistema de Defensa de la Competencia, pero con la tranquilidad de saber que no funcionaría.

Otra gran debilidad del INDECOPI, desde sus orígenes, fue la concepción de que se trataba de un Árbitro del mercado. Detrás de esta idea subyace la lógica de un juez imparcial, similar al rol que cumplen los miembros del Poder Judicial. Sin embargo, toda intervención de la administración pública, incluso cuando actúa resolviendo conflictos entre particulares, responde al interés público de la sociedad en su conjunto para que determinadas

conductas se cumplan o determinados valores de vida en sociedad se respeten. La administración pública nunca es neutral; está siempre comprometida con el interés público, definido previamente por la ley. Así, en los temas que INDECOPI conoce ese interés público persigue el correcto funcionamiento del mercado y la protección al consumidor. De lo que se trata es de asegurar que los agentes económicos respeten unas reglas mínimas de comportamiento, para garantizar que la competencia sea el motor de la economía y, asimismo, proteger al consumidor, que es la parte débil de la relación económica de consumo. En este marco, el Indecopi no es un árbitro, es un fiscal, es un policía, que día a día debe estar monitoreando el funcionamiento de los mercados, el comportamiento de los agentes y la afectación de los derechos de los consumidores, para iniciar las acciones correctivas, es decir, los procedimientos administrativos sancionadores.

En el ámbito de lo anecdótico, el Indecopi fue rápidamente “capturado” por distinguidos profesionales formados en el derecho privado, cuando la naturaleza de la institución es pública. Esto ha determinado –en la historia del INDECOPI– que la actitud de la primera época fuera la de esperar que algún afectado presentara su denuncia para actuar; e incluso, en ese supuesto, someter la denuncia a un riguroso filtro de “verosimilitud” para actuar. Con esta actitud, que se trató de cambiar en la gestión del 2001 al 2006, es obvio que la presencia en temas de libre competencia y otros ha sido poco relevante. Recientes

\* Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente del Tribunal del INDECOPI entre el 2001 y el 2006.

declaraciones del Presidente de la institución marcan un retorno a la primera época.

Pese a estas condiciones adversas, la virtud de la institución en todos sus años de existencia ha sido garantizar una presencia permanente en el escenario jurídico nacional. Me asombra y preocupa mucho a la vez que, en la mayoría de cursos de las universidades del país, se estudien resoluciones del INDECOPI. Me asombra, pues no era conciente de lo popular que son los temas que el Indecopi aborda, y me preocupa porque considero que su estudio debiera restringirse a los cursos específicos tales como administrativo, competencia y algún seminario, mientras que los cursos clásicos no debieran desperdiciar la oportunidad de formar a los estudiantes en temas que siempre serán la base del conocimiento jurídico.

En los últimos años, el Indecopi ha puesto en agenda el debate sobre las verdaderas condiciones de funcionamiento del mercado, la necesidad de una reforma integral de la institución y la aprobación de una nueva Ley de Defensa de la Competencia. Asimismo, la formación jurídica y la aparición de profesionales capacitados en esta materia, me alienta a pensar que nos espera un futuro mejor.

**2. En su opinión, ¿la ley debe efectuar una enumeración exhaustiva de los supuestos de abuso de posición de dominio y de prácticas restrictivas de la libre competencia?**

La pregunta tiene que ver con las condiciones de tipificación de las conductas ilícitas de mercado. Como es obvio, en un Estado de Derecho, debiéramos aspirar a que cualquier tipificación sea lo más precisa posible a los efectos de evitar arbitrariedades. Sin embargo, tampoco podemos perder de vista que, en los comportamientos de mercado, la mutabilidad y los matices de la conducta son muy intensos y, consiguientemente, muy difíciles de prever. Es, seguramente, esta es la razón por la cual el modelo norteamericano de la Sherman Act sanciona penalmente sobre la base de grandes principios de prohibición y nadie se atrevería a sostener que se trata de una situación de abuso o arbitrariedad.

Entre estas dos orillas, la ley debiera construir un punto de equilibrio. En ese punto de equilibrio, creo que lo mejor es la existencia de cláusulas generales, complementadas con ejemplificaciones de las conductas que pueden quedar prohibidas. Si, finalmente, una conducta no se adecúa a ninguna de las ejemplificaciones, podría siempre evaluarse su afectación a la cláusula general. Sería muy conveniente que los que se preocupan por este tema, dieran una mirada a la tipificación penal –que existe y está vigente en el Perú– para conductas delictivas contra el sistema económico. Podrían apreciar que se trata de fórmulas generales, lo que ratifica que, dada la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos y la mutabilidad de las conductas ilícitas, los esfuerzos de tipificación cerrada, incluso en el ámbito penal, no son posibles ni satisfactorios.

**3. ¿Considera usted que los abusos de posición de dominio, como consecuencia de disposiciones legales, deberían ser sancionables, tomando en cuenta que la Constitución impone al Estado un deber especial de protección al consumidor y que dichos abusos no podrían ser subsanados por el mercado al existir barreras legales de acceso al mismo?**

El Derecho de la Competencia y el Derecho de la Regulación son complementarios; son dos caras de una misma moneda y esto tiene que ver con la pregunta que se me fórmula.

En efecto, cuando en un mercado cualquiera es el esfuerzo y la iniciativa privada la que llevan a consolidar una condición de posición de dominio, le corresponde al Derecho de la Competencia estar atento a corregir los comportamientos abusivos. Por el contrario, si la posición de dominio tiene su fuente en la ley, es decir, ha nacido del mandato legal, es el Derecho de la Regulación el que debe participar activamente en la definición de los comportamientos en ese mercado. Así, ninguna condición o situación de posición de dominio queda al margen del control legal que corresponde, dado el alto peligro que en sí misma conlleva una estructura de mercado donde el consumidor no tiene opciones para elegir.

Sin embargo, este diseño – el óptimo – no existe en la realidad, particularmente, porque no siempre existen reguladores en todos los mercados donde la posición de dominio es resultado de la acción legal. En esos casos, considero que el Derecho de la Competencia tendría también que actuar, no obstante, la ley – tal y como está vigente hoy – no permite esa intervención. El Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia que el Indecopi presentó contemplaba una fórmula de salida acorde con la idea que estoy presentando. Aprovecho para invitar a los lectores de la revista para que lean el Proyecto en su integridad y no se queden con los comentarios parciales que circularon sobre el mismo.

**4. Tomando como base el caso Almusa – Terminales de Almacenes ¿Podría considerarse como practica colusoria la suscripción de contratos de exclusividad que impide o dificulta la entrada al mercado de un nuevo competidor?**

Definitivamente, sí. Las prácticas colusorias horizontales son las más frecuentes y las más sancionadas. Sin embargo, las prácticas colusorias verticales también se encuentran prohibidas y pueden dar lugar a una sanción.

En las conductas verticales, la autoridad debe ser muy cuidadosa porque la línea entre lo lícito y lo ilícito es muy tenue. Los contratos de exclusividad pueden ser una estrategia de colaboración empresarial lícita o una estrategia ilícita para impedir el acceso de competidores y cortar las fuentes de abastecimiento o comercialización.

**5. ¿Qué criterios deberían tomarse en cuenta a efectos de determinar qué es una facilidad esencial en un caso concreto, tomando como base los casos de CabCable – Electrocentro y Aerocontinente – BCP?**

Lo primero que habría que definir es si manejamos el mismo concepto de “facilidad esencial”. La doctrina primigenia entendía por tal, única y exclusivamente a las obras de infraestructura necesarias para una actividad. Con el tiempo y la necesidad de adecuarse a la realidad, el concepto se viene extendiendo a cualquier tipo de insumo necesario para una actividad económica, que no se encuentra fácilmente accesible a aquel que lo requiere.

En los casos que se mencionan, ese insumo imprescindible estuvo determinado por los postes, en una zona en la que no había sustitutos ni opciones de colocar los propios, y por una cuenta corriente, en un lugar de nuestro territorio donde sólo el BCP ofrecía verdaderos servicios bancarios. Los titulares de estos bienes se negaron arbitrariamente a ponerlos a disposición de otros agentes económicos, con los cuales incluso no tenían una visible situación de competencia. En ambos casos, la Sala de Defensa de la Competencia interpretó que se trataba de un abuso de posición de dominio, en la medida en que la ley no restringe tal condición de conducta abusiva exclusivamente cuando ésta se dirige contra los competidores, sino que contempla la sanción para cualquier abuso en la materia. Lo prohibido por la ley es el abuso de poder económico.

Los casos tienen sus particularidades y siempre recomiendo que, en beneficio de la honestidad intelectual, los que opinen sobre la materia lean íntegramente los pronunciamientos.

**6. Considerando que el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 define como abuso de posición de dominio aquella conducta indebida practicada por la empresa dominante que busca generar un beneficio para sí que no hubiera podido lograrse sin dicha posición de dominio, ¿cuáles son los beneficios que deberían considerarse como constitutivos de abuso de posición de dominio?**

La referencia a la norma requiere de precisión. El artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 dice textualmente lo siguiente: *“se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior (posición de dominio), actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio”*.

Como puede apreciarse, la norma establece que la conducta prohibida es el actuar de manera indebida. ¿Qué debe entenderse por ello? El actuar sin respetar los límites al ejercicio del derecho de propiedad y del

derecho a la libre iniciativa privada. Recordemos que éstos derechos no son absolutos, no son fines en sí mismos, sino medios para la realización del bienestar de la sociedad. Ahora bien, todo aquel que hace un uso indebido de sus bienes obtiene un beneficio. Ese beneficio puede ser económico, pero no únicamente económico. Me explico: imaginemos el caso de aquel que niega el acceso a una facilidad esencial como un poste o una cuenta corriente (los casos anteriores) por discriminación racial. ¿podríamos sostener que no infringe la norma porque no obtiene un beneficio económico? La Sala de Competencia consideró que el beneficio es normalmente económico, pero no únicamente económico. Además, la segunda condición es causar “perjuicios a otros”. ¿Quiénes son los otros? Por la concordancia semántica los “otros” sólo pueden ser otros competidores, proveedores, terceros, consumidores.

Adicionalmente, los invito una vez más a leer las normas de manera sistemática y no parcial. En esta reflexión interpretativa, tendrían que intervenir también la exégesis de los artículos 3° y 4° del Decreto Legislativo N° 701 que complementan la afirmación de que se trata de una prohibición genérica de no abusar de una condición de poder económico, porque el Estado de Derecho no ampara el abuso del derecho, independientemente de contra quien se manifieste.

**7. ¿Qué política considera usted que debería seguir el Estado peruano en materia de control de concentraciones de empresas respecto al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, tomando en cuenta que este sí cuenta con una regulación específica sobre el tema?**

En realidad considero que el margen para establecer una política nacional en esta materia está perdido. En el TLC suscrito, los temas de competencia han sido relegados al simple intercambio de información entre agencias. Recuérdese que fue una de las primeras mesas de negociación en cerrarse, dado que los negociadores peruanos no plantearon mayores pretensiones en esta materia. El tema más sensible seguramente será aquel que tiene que ver con la plena vigencia de la ley norteamericana que permite los carteles de exportación; es decir, si los efectos de la conducta anticompetitiva se trasladan al mercado de otros países, en este caso el nuestro, esto no es delito para las normas u autoridades norteamericanas.

El Perú debiera replantear sus expectativas en esta materia y apostar por la promulgación de un Ley de Defensa de la Competencia que contemple el control de concentraciones empresariales. Por lo menos así, tendríamos mayor similitud en las condiciones de actuación en ambos mercados, que se supone serán un único mercado en el futuro.

**8. ¿Cuál debería ser el límite de la potestad de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI para ejercer control sobre barreras**

**burocráticas, reestablecida mediante la ley N° 28996 (Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada), considerando que los Gobiernos Regionales y Locales cuentan con autonomía política, económica y administrativa según los artículos 191° y 194° de la Constitución, respectivamente? En todo caso, ¿qué es lo que debiera considerarse como una barrera burocrática válida?**

Creo que la CAM tiene un rol muy importante que cumplir en la construcción de una economía libre, ágil y moderna. Su labor de identificación de las barreras burocráticas es central para recordarle al Estado que la producción normativa debe estar atenta a no convertirse en un obstáculo para la inversión privada. Sin embargo, no hay que perder de vista que alguna regulación es absolutamente imprescindible para esa misma finalidad del buen funcionamiento del mercado.

En otras palabras, tengamos cuidado de distinguir lo que es una barrera burocrática legal y necesaria, incluso imprescindible, de aquella otra que podría ser una traba innecesaria a la realización de actividades económicas. Quizá un ejemplo ayude a graficar esta necesidad: nadie debiera conducir un vehículo sin tener una licencia para ello. La licencia aquí es una barrera burocrática, pues importa una exigencia estatal como condición previa a la realización de una actividad, económica o con contenido económico. En cambio, si descubriéramos que para obtener la licencia, además de los exámenes médicos, de conocimiento de reglas de tránsito y de pericia en la conducción, se nos exigiera certificados de idiomas, prueba de suficiencia en el conocimiento de la ciudad, pagos desproporcionados, partidas de nacimiento de padres y abuelos, o cosas similares; sin lugar a dudas, estaríamos frente a una barrera burocrática ilegal.

Ahora bien, la detección de la barrera es un tema específico en el que la CAM ha actuado con mucha solvencia, aunque muy poco de oficio. En cambio, el tema de la eliminación de la barrera burocrática ilegal, que en el mundo del derecho significa su expulsión jurídica, es más complicado, pues la barrera a eliminar

puede haber sido creada por una norma o por un acto administrativo de aplicación de la norma.

Como sabemos las normas se derogan sólo mediante otras normas, mientras que los actos administrativos se cuestionan en la vía administrativa y luego en el proceso contencioso – administrativo.

En este escenario, cual es el espacio para la CAM. Definitivamente, creo que su labor no es derogar normas, mucho menos derogar normas regionales o municipales.

Igualmente, en el caso de actos administrativos, la Ley del Procedimiento Administrativo General establece la vía de contradicción para cualquier actuación administrativa generada en cualquier entidad de la Administración Pública, contemplando incluso medidas cautelares para suspender la ejecución del acto mientras se discute su validez. Entonces, ¿qué rol le corresponde a la CAM en esto? Creo que ninguno.

¿Lo que acabo de señalar significa la desaparición de la CAM? No, de ninguna manera, sino solo que su rol de detección debe canalizarse a través de otras instancias del ordenamiento jurídico como el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo. Cuando la CAM encuentre una barrera, debiera actuar acusando ante el Ministerio Público o exigiendo de la Defensoría del Pueblo la acción contra las normas inconstitucionales.

Sé que los empresarios defienden mucho las facultades de la CAM y que, si por ellos fuera, la CAM sería un Poder Judicial Absoluto y de instancia única. Sin embargo, no hay que perder la perspectiva. El ordenamiento jurídico tiene sus propios mecanismos de defensa y son eficientes si son usados adecuadamente.

En los últimos días, la Municipalidad de Lima ha expedido una ordenanza desconociendo los alcances de la competencia de la CAM. Esto es peor pues introduce una situación de caos y de inseguridad jurídica. En realidad, debieramos empezar por revisar la Ley que otorga facultades inconstitucionales a la CAM como se hizo en el gobierno democrático de Valentín Paniagua 