

# El que Mucho Abarca, poco Aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en Materia de Libre Competencia

Carlos Patrón Salinas\*

*“En el presente artículo, el autor hace un minucioso análisis de las implicancias de la Resolución N° 0004-2008/TDC-INDECOPI, emitido por la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI, en relación a los alcances del “Principio de Supletoriedad”, en el marco de la Ley de Eliminación de Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la libre competencia.”*

## Introducción

Apartándose de los reiterados y consistentes precedentes administrativos dictados por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI (la “Comisión”), a inicios de año, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI (la “Sala”), emitió la Resolución No. 0004-2008/TDC-INDECOPI (la “Resolución”),<sup>1</sup> mediante la cual ha reinterpretado de manera restrictiva los alcances del llamado “principio de supletoriedad” en materia del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo No. 701, Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia (la “Ley de Libre Competencia”).

En el presente comentario sostendremos que, en la Resolución, la Sala se ha erradamente apartado de los estándares comúnmente aceptados en el Derecho comparado para delimitar el ámbito de aplicación de las normas de libre competencia en casos en que lo que se cuestiona son acciones adoptadas por los administrados como resultado de mandatos regulatorios emitidos por el Estado en ejercicio de sus potestades soberanas. Como consecuencia de ello, no sólo se lesiona la coherencia general y la predictibilidad del ordenamiento legal, sino que se abre la puerta para que el INDECOPI expanda sus facultades para convertirse en una especie de *supraorganismo* supervisor de la actividad regulatoria del Estado.

Para ello, en la Sección I reseñaremos brevemente los precedentes administrativos dictados por los órganos funcionales del INDECOPI en materia de la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley de Libre Competencia, tanto para sancionar actuaciones de las entidades del Estado como las de los particulares que actúan dando cumplimiento a mandatos emanados de tales entidades, explicando la manera como la Comisión ha venido tradicionalmente aplicando el “principio de supletoriedad”. En la Sección II se reseña la Resolución comentada y los argumentos esbozados por la Sala, mientras que en la Sección III entraremos propiamente a comentar lo sostenido por la Sala y sus consecuencias.

## I. Antecedentes: Los Criterios de Aplicación de la Ley de Libre Competencia en los Precedentes del INDECOPI

### 1.1 Aplicación a Entidades del Estado

En el artículo 2 de la Ley de Libre Competencia, se regula el **ámbito de aplicación subjetivo** de esta ley. Para ello, la referida norma parte definiendo a los sujetos pasivos de las reglas de competencia impuestas por la Ley de Libre Competencia como “*todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas*”.

\* Socio del Estudio Jurídico Payet, Rey, Cauvi Abogados. Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale y Master en Políticas Públicas Latinoamericanas (M.Sc.) por la Universidad de Oxford. Profesor de Responsabilidad Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor de Derecho y Regulación Económica en la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

<sup>1</sup> Emitida en vía de apelación de Resolución No. 021-2007/CLC, 21 de Marzo de 2007, *Envasadora Alfa Gas S.A. v. Repsol YPF Comercial del Perú S.A.*; recaída en el Expediente No. 009-2006/CLC, *Envasadora Alfa Gas S.A. v. REPSOL YPF Comercial del Perú S.A.*

En sus precedentes administrativos, la Comisión ha interpretado la disposición antes reseñada aplicando las reglas de la Ley de Libre Competencia a toda forma de personas jurídicas y vehículos empresariales -incluyendo empresas sujetas a cualquier modalidad del régimen de la actividad empresarial del Estado-, así como a personas naturales y a todo tipo de entidades del sector público, que “realicen actividades económicas”. A modo ilustrativo, en el Informe No. 012-2002/CLC, del 11 de diciembre de 2002, se resume la posición de las autoridades locales sobre los alcances de la primera parte del artículo 2 de la Ley de Libre Competencia, de la siguiente manera:

*“Según lo establece la primera parte del artículo 2 del Decreto Legislativo 701, esta norma se aplica a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Puede tratarse de una empresa privada, una empresa estatal (de derecho público, de derecho privado o de economía mixta) o una Entidad del Sector Público que realiza actividad empresarial (por ejemplo, una municipalidad que presta servicios de fumigación en competencia con otras empresas privadas)”.*<sup>2</sup>

Así las cosas, en múltiples oportunidades, la Comisión ha sostenido que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Libre Competencia, todas las entidades gubernamentales (incluyendo ministerios, agencias regulatorias y gobiernos regionales y municipales) son sujetos pasivos de las reglas de competencia, en cuanto aquellas realicen actividades económicas. En contraste, la Comisión ha igualmente sostenido en reiteradas ocasiones que las entidades gubernamentales no resultan ser sujetos pasivos de las reglas de la competencia por aquellas decisiones y actuaciones que constituyan un ejercicio de las potestades administrativas que les confiere el ordenamiento legal (e.g., expedir actos o reglamentos administrativos), en tanto que tales actuaciones soberanas constituyen un ejercicio del *ius imperium* del Estado.<sup>3</sup>

De manera similar, la Sala ha sostenido en precedentes administrativos, que personas jurídicas de derecho público a las cuales el ordenamiento legal les ha encomendado determinadas atribuciones y facultades administrativas, como es el caso del COES-SINAC,<sup>4</sup> se encuentran igualmente sujetas a las reglas de la

competencia en lo que concierne a sus actuaciones y decisiones que excedan el ámbito de las funciones en ellas delegadas.<sup>5</sup>

Resumiendo los criterios antes reseñados, la Comisión ha señalado lo siguiente:

*“...el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701 se circunscribe únicamente a aquellas conductas y prácticas realizadas por agentes económicos (...)*

*[C]uando los funcionarios públicos ejercen potestades administrativas no están tomando decisiones empresariales en representación de las entidades que dirigen, sino que, ejerciendo competencias y funciones públicas, están expresando el poder de imperio (ius imperium) del Estado, poder cuyo ejercicio no está prohibido ni sancionado por el Decreto Legislativo 701. (...)*

*Entendido así el tema, veamos a continuación con algunos ejemplos en qué casos un funcionario público sería susceptible de ser sancionado en aplicación del Decreto Legislativo 701 y en qué casos no.*

*(i) Si la entidad pública realiza una determinada actividad económica, el funcionario público que la representa sí puede ser sancionado al amparo del artículo 2 del Decreto Legislativo 701 cuando tome decisiones empresariales vinculadas a dicha actividad. En este caso, la Comisión es competente para sancionar tanto a la entidad pública como al funcionario público representante de la misma. Así por ejemplo, si un municipio presta servicios de fumigación, la Comisión es competente para sancionar al municipio y a su alcalde cuando éste se reúne con otras empresas de fumigación para concertar el precio de dicho servicio.*

*(ii) Si un concejo municipal emite una ordenanza municipal o un alcalde un decreto de alcaldía, y estas disposiciones establecen, por ejemplo, que sólo habrá 10 farmacias en una localidad y cada una de ellas venderá sus productos en una área geográfica determinada, tales órganos del municipio no pueden ser sancionados por la Comisión en aplicación del Decreto Legislativo 701, pues los mismos actuaron en ejercicio de la potestad reglamentaria.*

2 Informe emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia en el Expediente No. 004-2002-CLC, *Comisión de Libre Competencia v. Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros*.

3 Resolución No. 030-2004-INDECOPI/CLC, 19 de Mayo, 2004, *Termoselva S.R.L. v. Duke Energy International Egenor S.A. y otros*; Resolución No. 052-2003-INDECOPI/CLC, 14 de Noviembre, 2003, *Cámara de Comercio de Lima v. Luis Solari de la Fuente y otros*; Resolución No. 048-2003-INDECOPI/CLC, 22 de Octubre, 2003, *Comisión de Libre Competencia v. Empresa de Servicios de Transporte Masivo de Pasajeros S.A. y otros*; Resolución No. 025-2002-INDECOPI/CLC, 11 de Diciembre, 2002, *Comisión de Libre Competencia v. Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros*.

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta que determinadas actuaciones resultantes de funciones administrativas y regulatorias de la Administración Pública pueden ser juzgadas y sancionadas por otro conjunto de reglas encomendadas al INDECOPI. En particular, el artículo 26BIS del Decreto Ley No. 25868, vigente desde Abril de 1996, sanciona los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, encargando la aplicación de esta normativa a la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI.

4 El COES-SINAC es una persona jurídica de derecho público sin fines de lucro, creada conforme a lo dispuesto en la Ley de Concesiones Eléctricas (Ley No. 25844), que agrupa a las empresas de generación y transmisión del Sistema Interconectado Nacional, siendo el responsable de planificar la operación económica de dicho sistema, de controlar el cumplimiento de los programas de operación y mantenimiento de las instalaciones que lo conforman y de calcular los costos marginales de corto plazo, entre otras funciones.

5 Resolución No. 0752-2005/TDC-INDECOPI, 8 de Julio, 2005, *Termoselva S.R.L. v. Duke Energy International Egenor S.A. y otros*.

La pregunta que sigue naturalmente es si los particulares, que actúan dando cumplimiento a tales potestades administrativas, pueden o no incurrir en responsabilidad conforme a la Ley de Libre Competencia por tales actuaciones. Sobre esto último, los precedentes administrativos del INDECOPI no han sido del todo consistentes.

*Sin embargo, tanto la ordenanza municipal como el decreto de alcaldía, en tanto normas jurídicas, son susceptibles de ser cuestionadas por determinados cauces legales. Así, la ordenanza puede ser impugnada ante el Tribunal Constitucional mediante la acción de inconstitucionalidad, mientras que el decreto de alcaldía puede ser impugnado ante el Poder Judicial mediante la acción popular. Asimismo, ambas disposiciones administrativas pueden ser conocidas por la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi por la imposición de barreras burocráticas ilegales o irracionales.*

*(iii) Si un alcalde, sin emitir un reglamento administrativo, pero ejerciendo su función pública o autoridad política, exige, solicita o recomienda un precio a las empresas de panificación, no cabe aplicar contra él las disposiciones del Decreto Legislativo 701, pues sus declaraciones u opiniones no tienen naturaleza de decisión empresarial sino la de función administrativa o actos políticos, según corresponda. (...)*

*En conclusión, todo agente económico es susceptible de ser sancionado en virtud de las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 701, incluyendo a las asociaciones o gremios de empresas, a los colegios profesionales y a las entidades públicas que realizan actividad económica. (...) No se aplica, sin embargo, a las autoridades que emiten actos políticos ni a los entes que en ejercicio de potestades administrativas expiden actos o reglamentos administrativos" (subrayado original).<sup>6</sup>*

## 1.2 Aplicación a Particulares que Actúan en Cumplimiento de Instrucciones Emanadas del Estado

En el numeral precedente hemos visto que, conforme a los criterios postulados por los órganos funcionales del INDECOPI, el Estado y sus entidades no son sujetos pasivos de la Ley de Libre Competencia por aquellas decisiones y actuaciones que constituyan un ejercicio de potestades administrativas que les confiere el ordenamiento legal (e.g., expedir actos o reglamentos administrativos). La pregunta que sigue naturalmente es si los particulares, que actúan dando cumplimiento a tales potestades administrativas, pueden o no incurrir en responsabilidad conforme a la Ley de Libre Competencia por tales actuaciones. Sobre esto último, los precedentes administrativos del INDECOPI no han sido del todo consistentes.

En primer lugar, tradicionalmente, tanto la Comisión como la Sala han sido renuentes en aceptar como una defensa exculpatória por parte de personas investigadas por presuntas infracciones la Ley de Libre Competencia, que la adopción de las conductas materia de investigación fueron el resultado de la ejecución de *instrucciones* o *actos administrativos* emanados de entidades de la Administración Pública. No obstante lo anterior, la Sala ha explícitamente aceptado en el pasado que la adopción de conductas infractoras como consecuencia tales instrucciones o actos administrativos puede ser tomada como circunstancia atenuante al momento de graduar las sanciones que corresponda imponer.<sup>7</sup>

No obstante lo anterior, la Comisión tradicionalmente ha mantenido una postura distinta frente a conductas de particulares que resultan de la aplicación de *reglamentos administrativos* o de *regulación sectorial específica*. Para estos casos, la Comisión ha postulado el llamado "principio de supletoriedad", en virtud al cual la Comisión ha considerado que esquemas regulatorios específicos pueden tener por efecto desplazar la aplicación puntual de la Ley de Libre Competencia a un caso en particular, excluyendo tales actuaciones de particulares del **ámbito de aplicación objetivo** (no *subjetivo*) de la referida ley.

En particular, en reiteradas oportunidades la Comisión ha considerado que cuando el Estado decide regular de manera específica cómo deben llevarse a cabo actividades dentro de un mercado específico, sustituyendo las decisiones que libremente pueden adoptar los individuos bajo circunstancias ordinarias, implícitamente desplaza la aplicación de la Ley de Libre Competencia a fin de alcanzar la solución regulatoria deseada. El razonamiento de la Comisión ha sido el siguiente:

6 Resolución No. 030-2004-INDECOPI/CLC, 19 de Mayo, 2004, *Termoselva S.R.L. v. Duke Energy International Egenor S.A.*

Similar principio es postulado por la Sala en la Resolución No. 0072-2003/TDC-INDECOPI, 19 de Marzo de Julio, 2003, *Termoselva S.R.L. v. COES-SEIN*. Valga la atinencia que se trata de una decisión dictada en una apelación relacionada a un procedimiento resuelto por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI.

7 Resolución No. 0224-2003/TDC-INDECOPI, 16 de Junio, 2003, *Comisión de Libre Competencia v. Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros*.

*(...) si el Estado [...] determinó la necesidad de regular un mercado, tomando la decisión por este, entonces, no sería posible aplicar normas de competencia, ya que el Estado decidió anticipar la solución a cualquier controversia a través de la regulación. En consecuencia, una vez en conflicto regulación y competencia, es la regulación la que debe primar, (la situación en la que el Estado toma una decisión sobre la existencia de competencia), de allí que sean las normas [regulatorias sectoriales] las que primen sobre el Decreto Legislativo 701”<sup>8</sup>*

En el caso que motivó la Resolución comentada, por ejemplo, la Comisión postuló un argumento como el reseñado para declarar improcedente la denuncia analizada en aquella oportunidad. En este caso, la denuncia versaba sobre temas relacionados a la regulación sectorial de las actividades de comercialización en el mercado de Gas Licuado de Petróleo (“GLP”).<sup>9</sup> Como es conocido, la comercialización de GLP en el mercado doméstico se efectúa principalmente por medio de cilindros retornables. Por razones de seguridad, los comercializadores de GLP deben rotular los cilindros de su propiedad, de modo que pueda siempre identificarse su origen empresarial. En la comercialización de cilindros de GLP, la regulación sectorial permite a los proveedores “canjear” cilindros llenos de su propiedad por cilindros vacíos rotulados por otras empresas, pero no envasar su producto en estos últimos. En tales casos las empresas comercializadoras deben periódicamente intercambiar cilindros de propiedad de otro o recomprarlos, siendo que el denunciante alega que la empresa denunciada se venía negando a ello, infringiendo así la Ley de Libre Competencia.

Al decidir declarar improcedente la denuncia, la Comisión argumentó que la normativa sectorial de hidrocarburos había regulado las condiciones bajo las cuales el GLP puede ser comercializado, incluyendo las condiciones relativas al canje o la recompra de cilindros vacíos, y había además facultado al OSINERGMIN a supervisar, fiscalizar y sancionar las conductas que signifiquen un incumplimiento a las normas del sector hidrocarburos. Por lo mismo, la Comisión concluyó lo siguiente:

*“...cuando el Estado opta por regular un mercado, sustituye decisiones que ordinariamente son tomadas a través del libre juego de la oferta y la demanda. En estos casos, no sería posible solucionar el problema vía normas de libre competencia, ya que el Estado habría decidido anticipar la solución a través de la regulación. En consecuencia, conforme a lo señalado en el citado precedente, una vez en conflicto regulación y competencia, es la regulación la que debe primar”<sup>10</sup>*

Otros ejemplos de casos en que la Comisión ha considerado que la aplicación de la Ley de Libre Competencia ha sido implícitamente desplazada por esquemas regulatorios específicos incluye presuntas negativas a contratar y trato discriminatorio en el mercado de distribución eléctrica,<sup>11</sup> así como negativas a permitir el acceso a facilidades esenciales en el mercado de infraestructura de transporte.<sup>12</sup>

## II. La Resolución Comentada

En la Resolución comentada, la Sala revoca la decisión de la Comisión reseñada en el numeral 1.2 precedente, ordenando a la Comisión evaluar el mérito de admitir a trámite la denuncia por presunta negativa de canje de cilindros. Para ello, la Sala postula una interpretación restringida de la aplicación del llamado “principio de supletoriedad” antes comentado, argumentando que éste únicamente es de aplicación frente a esquemas regulatorios que persiguen “*corregir la distorsión propia de los monopolios naturales*”, y no a cualquier tipo de regulación sectorial.

Para sostener esta curiosa interpretación, la Sala recurre a una distinción, comúnmente empleada por la doctrina comparada doctrinal, entre “regulación social” y “regulación económica”.<sup>13</sup> Así, la Sala entiende por “regulación social” lo siguiente:

*“9. La regulación social es el conjunto de instrumentos de política pública que, de manera ex ante, tiene por objeto minimizar las externalidades, corregir las asimetrías de información y reducir los costos de transacción. Son ejemplos de este tipo de regulación, aunque en diferentes intensidades, las normas sobre zonificación y licencias de funcionamiento de establecimientos comerciales, las normas de tránsito y las que exigen que los vehículos automotores cumplan con determinados requisitos técnicos, las normas de protección del ambiente que establecen limitaciones en las emisiones de gases tóxicos, la obligación de obtener autorizaciones sanitarias para comercializar productos de consumo humano, las exigencias de patrimonio mínimo para constituir bancos o compañías de seguros, etc.”*

A su vez, en la Resolución, la Sala define “regulación económica” de la siguiente manera:

*“11. La regulación económica apunta a corregir la distorsión propia de los monopolios naturales. Hablamos de un monopolio natural cuando un producto o una gama de productos puede ser producida a un menor precio por una sola empresa*

8 Resolución No. 006-2002-CLC/INDECOPI, 13 de Marzo de 2002, *Paneles Napsa S.A. v. Empresa de Distribución Eléctrica de Lima - Norte S.A.A.*

9 Expediente No. 009-2006/CLC, *Envasadora Alfa Gas S.A. v. REPSOL YPF Comercial del Perú S.A.*

10 Resolución No. 022-2007/CLC, 26 de Marzo de 2007, *Envasadora Alfa Gas S.A. v. Repsol YPF Comercial del Perú S.A., et al.*

11 Resolución No. 005-2005-INDECOPI/CLC, 2 de Febrero de 2005, *Representaciones Tecnimotors E.I.R.L. v. Empresa Luz del Sur S.A.A.*; Resolución No. 006-2002-CLC/INDECOPI, 13 de Marzo de 2002, *Paneles Napsa S.A. v. Empresa de Distribución Eléctrica de Lima - Norte S.A.A.*

12 Resolución No. 015-2002-CLC/INDECOPI, 28 de Agosto de 2002, *Practimar Ilo E.I.R.L. v. Empresa Nacional de Puertos S.A.*

13 Ver, por ejemplo: OGUS, Anthony I. *Regulation, Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 4-5.

que por dos o más, debido a lo que se conoce como “subaditividad de costos”. De ahí que se afirme que estamos ante un monopolio natural cuando es más eficiente para la sociedad que un producto o servicio sea provisto por una sola empresa que por dos o más, pues esa sola empresa está en capacidad de producir a un menor precio que si dos o más lo hicieran en un entorno competitivo. La literatura económica suele indicar que es causa de la existencia de un monopolio natural la presencia de economías de escala, de ámbito o de densidad, así como la existencia de altos costos hundidos. En definitiva, son las barreras a la entrada, el que en el mercado haya una determinada demanda y que la empresa incumbente atienda la totalidad o un significativo porcentaje de dicha demanda, lo que define la presencia de un monopolio natural.”

Postulada esta distinción, la Sala sostiene que el principio de supletoriedad únicamente resulta aplicable frente a supuestos de “regulación económica” -es decir, que la aplicación de la Ley de Libre Competencia únicamente puede ser desplazada por esquemas regulatorios que quepan bajo su definición de “regulación económica”, siendo que esquemas regulatorios que clasifiquen como “regulación social” no conllevarían a la inaplicación de la Ley de Libre Competencia a las actuaciones llevadas a cabo por los particulares en cumplimiento de este último tipo de disposiciones regulatorias. El razonamiento de la Sala es el siguiente:

“16. Dicho ello, corresponde señalar que el principio de supletoriedad no se aplica frente a la regulación social, sino frente a la regulación económica, por la sencilla razón de que si en un mercado la competencia no es posible, de nada sirve la aplicación de la política de competencia. En un mercado donde la competencia no es posible por existir un monopolio natural, no tiene sentido estar sancionando conductas anticompetitivas para garantizar una competencia inexistente. Cuando hay un monopolio natural lo que corresponde es la aplicación de la regulación económica. Ésta, en un primer momento buscará emular condiciones de competencia, luego, en una fase más avanzada, introducir competencia. Una vez que en el mercado, y gracias a la intervención de la regulación económica, la competencia es posible, recién entonces se aplicará la política de competencia, para castigar aquellas conductas que restringen precisamente esa competencia introducida por la regulación económica.

17. Las políticas de competencia se aplican en mercados donde la competencia es posible y tienen por objeto proteger el proceso competitivo sancionando para ello conductas o estructuras de mercado anticompetitivas. La aplicación de estas políticas está a cargo de la agencia de competencia. En nuestro país, el Decreto Legislativo 701 constituye el marco normativo que busca proteger la competencia en los distintos mercados mediante la tipificación y sanción de aquellas conductas que atentan contra el proceso competitivo, como son las prácticas restrictivas

de la libre competencia y el abuso de posición de dominio. Esto es, se trata de un control posterior de las actividades de los agentes en el mercado.

18. El principio de supletoriedad aludido por la Comisión implica desplazar las políticas de competencia sólo frente a la regulación económica; es esta clase de regulación la única que puede primar sobre la ley de defensa de la competencia en su objetivo de corregir las restricciones monopólicas en un mercado. La regulación social, en cambio, convive con la política de competencia. Pueden presentarse conductas anticompetitivas en los mercados de transporte, salud, educación privada, seguros, administradoras privadas de fondos de pensiones, etc. En estos casos, la actuación de la agencia de competencia no impide que se aplique la regulación sectorial y las sanciones que éstas prevé.

19. A diferencia de la regulación económica y las políticas de la competencia entre las cuales rige el principio de supletoriedad, la regulación social tiene por objeto corregir las externalidades, asimetrías de información y costos de transacción sin importar si éstas se presentan en un mercado donde la competencia es posible o no.”

Aplicando los criterios reseñado al caso particular, en la Resolución comentada la Sala sostiene que la regulación sectorial de hidrocarburos no constituye “regulación económica”, pues “el mercado de comercialización de GLP en cilindros no se presenta un monopolio natural, siendo la competencia plenamente posible”, sino más bien un esquema de “regulación social”.

### III. Reflexiones y Comentarios en Torno a la Resolución

Somos de la opinión que la interpretación restrictiva del principio de supletoriedad postulado por la Sala en la Resolución comentada es sesgada y errada. El núcleo del error en que ha incurrido la Sala radica en una inadecuada e inconsistente comprensión acerca de cuál es verdadero ámbito de aplicación de la Ley de Libre Competencia.

En el numeral 1.1 precedente hemos explicado cómo han venido sistemáticamente delimitando los órganos funcionales del INDECOPI el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Libre Competencia en lo que concierne al Estado y las entidades que lo conforman. Puntualmente, interpretando lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Libre Competencia, los órganos funcionales del INDECOPI tradicionalmente han considerado que las entidades gubernamentales no resultan ser sujetos pasivos de las reglas de la competencia por aquellas decisiones y actuaciones que constituyan un ejercicio de las potestades administrativas que les confiere el ordenamiento legal (e.g., expedir actos o reglamentos administrativos), en tanto que tales actuaciones soberanas constituyen un ejercicio del *ius imperium* del Estado. Este criterio se encuentra alineado con los criterios empleados

en los ordenamientos más desarrollados y de mayor tradición en materia de aplicación de normativa de libre competencia, como lo son los de la Comunidad Europea y de los Estados Unidos.

La exclusión del Estado del ámbito de aplicación subjetivo de la normativa de competencia por sus decisiones y actuaciones en ejercicio de las potestades administrativas que les confiere el ordenamiento legal, se manifiesta en la Comunidad Europea en lo que se conoce como la doctrina de los *sovereign acts* y en los Estados Unidos en lo que se conoce como la doctrina *Parker* o la doctrina del *state-action immunity*.

Como explica Ritter, en la Comunidad Europea, la doctrina de los *sovereign acts* postula que el Estado no es propiamente sujeto pasivo de la normativa comunitaria cuando en sus actuaciones ejerce potestades soberanas, ya sea que el acto soberano es llevado a cabo por el propio Estado o delegado en una entidad pública o en una entidad privada.<sup>14</sup> De manera similar, conforme a la doctrina del *state-action immunity* postulada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Parker v. Brown*,<sup>15</sup> las disposiciones del *Sherman Act* no se encuentran dirigidas a inhibir “acciones estatales o acciones oficiales dirigidas por un Estado”, en tanto que “en un sistema dual de gobierno en el cual, bajo la Constitución, los Estados son soberanos, salvo sólo cuando el Congreso pueda constitucionalmente sustraer de su autoridad, un propósito no expresado de anular el control estatal sobre sus funcionarios y agentes no puede ser ligeramente atribuido al Congreso”.

Vemos pues que la interpretación de los órganos funcionales del INDECOPI respecto a la exclusión de las entidades gubernamentales del ámbito de aplicación subjetivo de las reglas de la competencia por aquellas decisiones y actuaciones que constituyan un ejercicio de las potestades administrativas que les confiere el ordenamiento legal, comparte con el caso Europeo y el Norteamericano, el común denominador de entender que no puede sancionarse al Estado por ejercer sus poderes soberanos.

Ahora bien, lo que los órganos funcionales del INDECOPI tradicionalmente han sido reacios a explicitar, a diferencia del caso de la Comunidad Europea y los Estados Unidos, es que la doctrina de los actos soberanos **también** implica que 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. La lógica subyacente a esta exclusión o inmunidad es simple y evidente. El Estado y sus entidades únicamente se encuentran sujetos al ámbito de aplicación de la legislación de competencia cuando realizan actividad comercial (*i.e.*, cuando concurren en los mercados) y no cuando adoptan decisiones en base a sus poderes soberanos. 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.<sup>16</sup>

Sostener lo contrario restaría 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. La sensatez prescribe que en un ordenamiento legal que, por definición, siempre aspira a ser sistemáticamente coherente, este tipo de situaciones simplemente no son tolerables. Lamentablemente, este tipo de situaciones son precisamente fomentadas por la extraña interpretación restrictiva del principio de supletoriedad postulada por la Sala en la Resolución comentada.

Nos explicamos. Tomemos, por ejemplo, un caso propio del marco regulatorio aplicable a las AFP, que conforme a lo señalado **expresamente** en la Resolución, constituiría un típico caso de “regulación social” que no desplaza la aplicación de la Ley de Libre Competencia en la restringida versión del principio de supletoriedad de la Sala. El artículo 102 del Reglamento de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado mediante Decreto Supremo No. 004-98-EF,<sup>17</sup> establece la obligación de las AFP de

14 RITTER, Lennart y otros. *European Competition Law: A Practitioner's Guide*. La Haya: Kluwer, 2a ed., pp. 44-45.

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

16 Ver, por ejemplo, Ritter, *op. cit.*, pp. 40, 45-46.

17 “Artículo 102.- Para efectos de la aplicación de la retribución, el porcentaje aplicado sobre la remuneración asegurable del trabajador es cobrado directamente al afiliado en la forma establecida en la Ley y el presente Reglamento, sin afectar su Cuenta Individual de Capitalización. En este caso, el empleador actúa como agente retenedor del mismo para propósito de su pago.

El porcentaje o monto fijo aplicado sobre la pensión percibida bajo las modalidades de Renta Temporal y Retiro Programado, así como el porcentaje aplicado sobre los aportes voluntarios, es cobrado directamente al afiliado mediante la retención del monto correspondiente por parte de la AFP a cuyo cargo se encuentra el pago de la misma.

La retribución de la AFP así como la estructura y la modalidad de cobro que se determine por cada Fondo que administre, deben ser informadas simultáneamente al público y a la Superintendencia, y entrarán en vigencia a los ochenta (80) días de dicha información. En los casos en que la retribución importe una reducción en el nivel de comisiones, la AFP podrá hacerla efectiva en un plazo menor al establecido anteriormente.”

informar simultáneamente al público y a la SBS, con un plazo no menor a 80 días de anticipación, modificaciones a las comisiones por administración que cobran a sus afiliados. La lógica subyacente a este plazo es darle a los afiliados de las AFP oportunidad suficiente de evaluar los cambios y optar por cambiar de AFP, lo cual requiere ser conocido con una anticipación como la ordenada en vista a que la movilidad o cambio de una AFP a otra no es automático y requiere de ciertos trámites previos que responden a la estructura de este mercado y a los requerimientos de estabilidad en las carteras de inversiones administradas.

Ahora bien, el publicitar anticipadamente los cambios o incrementos de precios de productos o servicios ofrecidos en el mercado es una típica conducta que suele ser considerada como una práctica de señalamiento a los competidores, que ha sido incluso investigada y sancionada por la Comisión en el pasado como una modalidad de práctica restrictiva en violación del artículo 6 de la Ley de Libre Competencia. Así las cosas, tendríamos que la AFP que, en cumplimiento de los mandatos contenidos en la “regulación social” sectorial, comunica al público sus cambios de precios con anticipación, podría luego ser sancionada por infringir la Ley de Libre Competencia. Lo que es más, en el proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas recientemente prepublicado por el INDECOPI para discusión pública, esta infracción sería sancionada *per se*, es decir, en automático, sin tener en consideración la razonabilidad de la misma ni que ésta responde a un mandato regulatorio emanado de los poderes soberanos del Estado. Por el contrario, la AFP que omite con comunicar al público sus cambios de comisiones con la anticipación reglamentaria a efectos de no infringir la Ley de Libre Competencia, sería pasible de sanciones administrativas por parte de la SBS por incurrir en dicha omisión. Claramente nos encontramos frente a una opción diabólica en que el administrado siempre pierde.

La aplicación o no de la Ley de Libre Competencia a una actuación de un particular frente a un mandato soberano no puede basarse en la “naturaleza” teórica de la regulación sectorial frente a la que nos encontremos. Las clasificaciones teóricas son por naturaleza ejercicios descriptivos de la realidad, jamás son constitutivas de la misma. Las empleamos para fines didácticos, para establecer patrones y diferencias abstractas, para ordenar nuestras ideas. Pueden ser útiles para el análisis académico positivo, pero rara vez tienen valor como guía normativa, pues la agrupación abstracta en categorías es un acto eminentemente arbitrario, dependiente siempre de los elementos que discrecionalmente elija como denominador para agrupar. Podríamos, por ejemplo, clasificar las regulaciones en “regulación higiénica” –agrupando dentro de este concepto cualquier mandato regulatorio que directa o indirectamente persiga cautelar la salud de los individuos- y en “regulación no sanitaria” –agrupando dentro de este concepto cualquier otro esquema regulatorio que no guarde relación con la salud o higiene pública.

Para ilustrar lo arbitrario que resulta el criterio postulado en la Resolución de determinar el desplazamiento de la Ley de Libre Competencia en función a si un mercado se encuentra o no caracterizado por ser un monopolio natural, pensemos en el caso de sectores regulados caracterizados por ser oligopólicos y estructuralmente dependientes que, conforme a la distinción teórica empleada por la Sala caerían necesariamente bajo el rubro de “regulación social”. ¿Por qué las regulaciones que se dicten en este tipo de mercados para suplir la falta de competencia o replicar los efectos de un mercado competitivo no desplazarían la aplicación de la Ley de Libre Competencia? En el caso del mercado oligopólico estructuralmente dependiente, siguiendo los argumentos de la Sala, la competencia plena tampoco es teóricamente posible, por lo que lo que correspondería, en el razonamiento de la Sala, regular más que aplicar las normas de competencia. Sin embargo, en este tipo de casos, por tratarse de una “regulación social”, como consecuencia de los elementos de agrupación empleados por la Sala, la aplicación de la Ley de Libre Competencia no se vería desplazada.

Lo verdaderamente relevante (y lo que lamentablemente la Sala ha perdido de vista en la Resolución) para determinar si una actuación de un particular frente a un mandato soberano debe o no ser juzgada conforme a la Ley de Libre Competencia no es si el mandato es, de manera abstracta, una “regulación social” o una “regulación económica”, sino si tal actuación ha verdaderamente respondido a un auténtico mandato soberano, dictado regularmente en virtud de potestades legalmente conferidas. Cuando sea así, ya sea que se trata de una regulación del Instituto Peruano de Energía Nuclear que por razones de seguridad obligue a los fabricantes de máquinas que emitan cierto tipo de radiación a estandarizar las características técnicas de los productos que ofrecen o de un organismo regulador que disponga el pago de un peaje predeterminado a favor del incumbente por parte de quienes accedan a su infraestructura “monopólica”, el particular que actúa conforme a lo prescrito por el ordenamiento legal no puede ser luego sancionado por el mismo acto por presuntamente incumplir la normativa de competencia.

Reiteramos, soberano es el acto emanado de un ejercicio regular dentro de las atribuciones que le confiere la ley a una entidad del Estado, ya sea que se trate de una regulación que recae en un mercado donde hay competencia como en un mercado caracterizado por ser monopolio natural. Las facultades regulatorias del Estado y el correspondiente ejercicio de su poder de coerción para hacer cumplir sus disposiciones no se encuentra de modo alguno limitado únicamente a este último tipo de mercados. En uno y otro caso, el particular actúa dando cumplimiento a un acto soberano y no puede, por tanto, ser pasible de sanción por tal actuación.

Lo realmente peligroso del criterio postulado por la Sala en la Resolución comentada es el rol que indirectamente se termina atribuyendo el INDECOPI. Lo que en buena

cuenta termina haciendo la Sala es otorgarle a los órganos funcionales del INDECOPI el poder para sancionar conductas sujetas a la supervisión y fiscalización de entidades regulatorias sectoriales especializadas, incluso contradiciendo los mandatos de estas últimas. Por ejemplo, la SBS podría emitir directivas ordenando a empresas supervisadas a actuar de determinada manera y, si INDECOPI no considera atendible la razones que sustentan tal mandato regulatorio, podría intervenir, sancionar a los administrados y ordenarles a actuar de manera distinta. Por lo demás, lo dice así la Sala en la

Resolución al señalar que “[e]l sistema jurídico admite que un mismo hecho pueda tener distintas consecuencias jurídicas, de forma tal que a partir de una conducta específica se pueden derivar diversas infracciones y sanciones igualmente diversas”.

De este modo, INDECOPI se coloca como una especie de *supraorganismo* regulador de todos los sectores de la actividad económica que no se caractericen por ser un monopolio natural. ¿Acaso no sabe el INDECOPI que el que mucho abarca, poco aprieta? 