

¡OIGA HOMBRE, JUEGUE LIMPIO! A PROPÓSITO DE LA RECIENTE «BATALLA DE LAS BOTELLAS» EN LA DENOMINADA «GUERRA DE LAS CERVEZAS»*

MARCOS GUEVARA SALCEDO **

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sumario: 1. Introducción 2. Antesala de un conflicto 3. Estalla la guerra 4. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de Libre Competencia? 5. El Decreto Legislativo N° 701 y el abuso de posición de dominio en el mercado 6. Las Marcas Colectivas 7. Las medidas cautelares en los procedimientos de Libre Competencia 8. La Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC 9. La Resolución N° 0282-2004/TDC-INDECOPI 10. Posición Personal 10.1 Respecto a la medida cautelar 10.2 El concepto de *Single Entity* 10.3 Las supuestas infracciones a la Ley de Libre Competencia cometidas por las personas denunciadas 11. A manera de conclusión.

1. Introducción

Desde hace algún tiempo, los diferentes canales de televisión nos mostraban un comercial bastante divertido. Se trataba de dos grupos de amigos reunidos para ver por televisión un partido de fútbol en la casa de alguno de sus respectivos integrantes. El primer grupo se reúne a ver el partido, pero no acompaña su reunión con cerveza. Cuando se marca el gol de su equipo, y por ende llega el momento de euforia y celebración, este primer grupo celebra dicha anotación de modo sumamente apático. Por el contrario, el segundo grupo acompañó su reunión debidamente surtido de una interesante cantidad de botellas de cerveza de una conocida marca nacional. A diferencia del primer grupo de amigos, este segundo grupo celebra a más no poder el gol anotado por su equipo.

Lo que no nos mostraba el indicado comercial, es lo que le pasaría a este segundo grupo de amigos una vez que acabara de tomar toda la cerveza originalmente adquirida y decidiera dirigirse a la bodega más cercana con el propósito de comprar algunas botellas adicionales de cerveza, para continuar con la celebración del triunfo deportivo que su equipo favorito de fútbol les ha regalado. Imagínese a este grupo de amigos llegando a la indicada bodega, llevando consigo las botellas, ahora vacías, de la cerveza que tomaron hasta hace algunos momentos y, en ese contexto, le pidieran a la persona que atiende en la indicada bodega que les venda una nueva dotación de cerveza, pero ahora de otra marca también producida en el Perú.

Cuál cree usted que sería la expresión en el rostro de este grupo de amigos si el encargado de la tienda les dijera que las botellas de cerveza que ellos han llevado consigo solamente pueden ser intercambiadas con botellas de la misma marca de cerveza que han consumido o con botellas de marcas producidas por la misma empresa cervecera, pero no con las botellas de la marca que ahora desean consumir, la cual es fabricada por una empresa competidora. Es más, el encargado de la bodega les indica que si su deseo es adquirir

algunas unidades de la nueva marca de cerveza, deberán desembolsar una cantidad adicional de nuevos soles por los envases de ésta, los cuales les servirán para futuras transacciones.

Independientemente de la sonrisa que aún pudieran conservar en su rostro los indicados amigos (si es que aún conservan alguna sonrisa), cabe preguntarse si lo indicado por el encargado de la mencionada bodega resulta correcto desde la perspectiva del Derecho de la Competencia. Es decir, cabe preguntarse si cada nuevo productor de cerveza debe ingresar al mercado con su propio tipo de botella, o si puede emplear el tipo de envase ya existente en el mercado distinguiendo su producto únicamente con las etiquetas y marcas respectivas. Asimismo, desde la perspectiva de los consumidores, resulta pertinente preguntarse si estos agentes, poseedores (o tal vez propietarios) de una determinada cantidad de botellas de cerveza en su casa, carecen del derecho de poder emplear dichos envases para adquirir cerveza de la marca que ellos estimen conveniente, independientemente del grupo empresarial que las fabrique.

En el fondo, las inquietudes señaladas en el párrafo precedente constituyen algunos de los temas que se vienen discutiendo en INDECOPI en el marco del procedimiento iniciado por Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. ante la Comisión de Libre Competencia contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A., Compañía Cervecería del Sur S.A.A., Cervecería San Juan S.A.A., Maltería Lima S.A., Comité de Fabricantes de Cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias, la Sociedad Nacional de Industrias y la Confederación de Titulares de Marcas Cerveceras Peruanas, por supuestas prácticas atentatorias contra la libre competencia.

Cabe señalar que, en esta «guerra de las cervezas», el ámbito administrativo que se tramita ante la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI es tan solo uno de los tantos frentes en los que se viene desarrollando dicha contienda. En efecto, dicho conflicto también se viene desarrollando en el ámbito judicial, municipal y ante otras instancias administrativas; amén de la agresiva campaña publicitaria que se viene desplegando desde hace algunos meses.

Como bien podrá darse cuenta usted amigo lector, pretender comentar en todos sus aspectos esta confrontación, a la que hemos

* A la memoria de Augusto Salcedo La Torre: tío, amigo y maestro.

** El autor se desempeña como funcionario de la Secretaría Técnica de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI. Sin embargo, las opiniones vertidas en el presente artículo son estrictamente personales.

denominado «la guerra de las cervezas», resulta una empresa sumamente ambiciosa e imposible de realizar en las breves líneas que tenemos para el presente artículo. Por tal motivo, nos vamos a limitar a comentar una de las «batallas» (materia cautelar) libradas ante dos instancias del INDECOPI (la Comisión de Libre Competencia y Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de dicho Organismo Administrativo), a la cual he tenido a bien denominar «la batalla de las botellas».

2. Antesala de un conflicto

La Asociación Nacional de Anunciantes del Perú – ANDA – publica bimensualmente una revista en la que se abordan distintos aspectos de la actividad publicitaria, así como de los eventos que organiza dicha asociación.

En la edición Nº 46 de dicha publicación se incluyó en la sección «Conociéndonos» un artículo relativo a Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. En dicho artículo se señala lo siguiente:

«La Corporación Backus está conformada por 20 empresas en diferentes rubros: cervecero, bebidas, envases y embalajes, alimentos, transporte, servicios, salud y proyección social. UCP Backus y Johnston S.A.A., es una de las tres empresas que conforman el grupo cervecero de la Corporación. Así, junto con Compañía Cervecería del Sur del Perú y Cervecería San Juan, se convierte en el único productor local de cerveza.»

(...)

En 1994, Cervecería Backus y Johnston S.A. adquiere el 62% de las acciones comunes de la Compañía Nacional de Cerveza S.A. y de esta manera, también adquiere el control de Sociedad Cervecería de Trujillo S.A. y Agua Mineral Litinada San Mateo S.A., empresas consideradas competidoras por más de un siglo. En 1996, a través de la fusión de Cervecería Backus y Johnston S.A., Compañía Nacional de Cerveza S.A., Cervecería del Norte S.A. y Sociedad Cervecería de Trujillo S.A., inicia sus operaciones la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A., la empresa cervecera más importante del Perú.

Las principales marcas que maneja la empresa son Cristal, con una participación superior al 50% del mercado, Pilsen Callao y Cusqueña. A nivel regional, producen las marcas Cerveza Real, Pilsen Trujillo, Cerveza Arequipueña, San Juan y, dentro de las cervezas negras, Malta Cusqueña, Malta Arequipueña y Malta Polar.

(...)

Backus promueve la inversión y abastece más de 240 mil puntos de venta. Sus ventas anuales superan los 530 millones de dólares. Su aporte al fisco es de más de 350 millones de dólares anuales y genera empleo directo para más de 6 mil peruanos.

El 2004 será un año importante para la industria cervecera nacional. Ambev, quinta cervecera del mundo, entrará a competir en nuestro mercado con una inversión de capitales muy elevada. Carlos Bentín, Gerente General de UCP Backus, comenta que esto demuestra que la industria cervecera nacional es capaz de atraer a

inversionistas extranjeros; asegura que Backus está preparado para competir, lo ha venido haciendo por más de 100 años, entregando productos de calidad a buen precio, destinando todas las inversiones de la Compañía a actualizar su tecnología y desarrollar programas de mejoramiento continuo y de calidad total.

Backus se caracteriza por su fuerte identificación con el consumidor peruano, así como estar permanentemente involucrados en actividades de fomento a la cultura, el deporte y la educación peruana. Su misión, como parte de todo un grupo empresarial, es colaborar al logro de la excelencia personal, también llamado felicidad, de todos aquellos que trabajan o se relacionan con la corporación».

Conforme se aprecia, el Gerente General de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A., ya anunciaba al año 2004 como un año importante para la industria cervecera nacional, dado el inminente ingreso de Ambev, quinto fabricante de cerveza en el mundo. Ante tal ingreso inminente, el indicado funcionario de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. señalaba que su empresa, fuertemente identificada con el consumidor peruano, se encontraba lista para competir. Si embargo, uno no puede dejar de sentir cierta curiosidad respecto de la forma en la que se iba a desarrollar tal competencia, de repente lo que se señala en el acápite siguiente pueda darnos ciertas luces respecto de la forma en la que se ha venido desarrollando esta competencia entre las referidas empresas cerveceras.

3. Estalla la guerra

A continuación se presentan los hechos más importantes acontecidos en la denominada «Guerra de las Cervezas». Resulta pertinente señalar que los hechos que a continuación se presentan fueron señalados por Ambev Perú en su escrito de denuncia. Es decir, estos hechos corresponden a la versión de una de las partes involucradas en el indicado procedimiento administrativo. Debido a ello, a continuación procedemos a narrar los mencionados acontecimientos, sin formular ningún juicio de valor al respecto. En tal sentido, corresponderá a usted amigo lector formularse la opinión que estime pertinente.

El 8 de enero de 2004, Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. (en lo sucesivo, Ambev Perú) interpuso una denuncia contra diversos sujetos ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI por presuntas infracciones contra la libre competencia. Los denunciantes son los siguientes:

- a) Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (en lo sucesivo, Backus).
- b) Compañía Cervecería del Sur S.A.A. (en lo sucesivo, Cervesur)
- c) Cervecería San Juan S.A.A. (en lo sucesivo, San Juan).
- d) Maltería Lima S.A. (en lo sucesivo, Maltería Lima).
- e) El Comité de Fabricantes de Cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias (en lo sucesivo, el Comité).
- f) La Confederación de Titulares de Marcas Cerveceras Peruanas (en lo sucesivo, la Confederación).

A fin de sustentar su denuncia, Ambev Perú señaló que las personas anteriormente señaladas habrían cometido los siguientes actos atentatorios contra la libre competencia:

- (i) El Grupo Backus, que ostenta posición de dominio en el mercado cervecero peruano, intenta impedir o retrasar injustificadamente la entrada de Ambev Perú, lo cual a su entender perjudica al mercado y a los consumidores. A fin de lograr sus propósitos, el Grupo Backus no se estaría valiendo de su desempeño eficiente en el mercado, sino del control que ejerce sobre el Comité, organismo que administra, desde hace más de treinta (30) años, un sistema eficiente de distribución de cervezas: el Sistema de Intercambiabilidad de Envases (en lo sucesivo, SIE) no personalizados o genéricos entre las empresas cerveceras que operan en el mercado.
- (ii) El SIE surgió como iniciativa de los distintos empresarios productores de cerveza. Así, el SIE se constituyó en un medio para facilitar la comercialización de cerveza (de distinto origen empresarial) en el mercado, con lo que los empresarios llegaron a aumentar la eficiencia en la industria cervecera mediante el ahorro de costos operativos.

En virtud del SIE, los consumidores pueden intercambiar sus envases vacíos de una marca de cerveza X por envases llenos de las marcas Y o Z. De esta forma, el consumidor puede acceder a productos de distinta marca y origen empresarial, sin que para ello requiera adquirir o mantener un stock equivalente a tantos envases vacíos como marcas existan en el mercado. Así, en mérito de este sistema, se reducen los costos para los consumidores (se les libera de la necesidad de comprar un nuevo envase al momento de realizar la primera compra de una cerveza de una marca nueva), para las empresas (por ejemplo los fabricantes ahorran los costos de selección de envases extraños que pudieran haber sido recogidos por error de los puntos de venta) y para los minoristas o puntos de venta (la intercambiabilidad permite reducir los espacios destinados al almacenamiento de envases vacíos, así como los costos asociados a la clasificación de los mismos). Adicionalmente, Ambev Perú sostuvo que el SIE reduce los incentivos para el desarrollo de prácticas desleales entre las empresas como por ejemplo la rotura masiva de botellas del competidor¹.

- (iii) El SIE es administrado por el Comité, el mismo que es titular de las marcas colectivas que identifican a las botellas sujetas a dicho sistema, de modo que los envases que tengan en alto relieve una figura constituida por un triángulo equilátero con las letras CFC, las ramas de cebada entrelazadas y la figura de la flor de lúpulo colocada en el cuello de los envases de cristal o vidrio que contienen cerveza elaborada por alguno de los miembros del Comité, pueden ser intercambiados libremente sin importar la marca de cerveza propiamente dicha (etiqueta de papel adheri-

da a la botella consignando las marcas Cristal, Pilsen Callao, Cusqueña, etc).

Cabe mencionar que estas marcas colectivas no cumplen ninguna función distintiva, no indican ni el origen ni la calidad de la cerveza. Es decir, dichas marcas no significan nada para el consumidor, pues resulta impensable que alguno de ellos compre una cerveza orientado por las mismas. La función distintiva la realizan las marcas de los productos en sí (Cristal, Pilsen Callao, Cusqueña, etc) más no las marcas colectivas en cuestión.

- (iv) En conclusión, el registro de la marca colectiva constituida por el triángulo equilátero mencionado, el estampado del mismo en los envases retornables de mayor rotación (envases de color ámbar de 620 ml. de capacidad) y la autorización para el uso de dicha marca, tuvo un objetivo básico y fundamental: facilitar el intercambio de envases entre empresas independientes eliminando así una serie de costos para los fabricantes, las distribuidoras, las comercializadoras y los consumidores.
- (v) En el escrito de denuncia Ambev Perú precisó que dicho proceso no versaba sobre el uso de las botellas del Grupo Backus, toda vez que dicha empresa iba a encargar la fabricación de sus propias botellas que considere necesarias para ingresar al mercado. Lo que Ambev Perú pretende es su incorporación al SIE, administrado por el Comité, para que una vez que sus botellas se comercialicen en el mercado, los consumidores puedan, en cada oportunidad de compra, elegir libremente la marca de cerveza que deseen sin que el envase vacío que tengan en la mano sea una limitante de su opción. Es decir, Ambev Perú señaló que no pretendía usar botellas ajenas, sino dejar que sus propias botellas puedan ser intercambiadas libremente con las de otros competidores bajo las mismas reglas con las que ha venido funcionando por años el mercado cervecero peruano.

Siendo ello así, Ambev Perú señaló que en el presente caso no se estaría de ninguna manera frente a un «Free Riding», pues no habría inversión ajena de la que dicha empresa pretenda aprovecharse; aun en el caso de que se alegara que ese aprovechamiento se da por el uso de las marcas colectivas, ello no resultaría correcto ya que se trata de un bien que pertenece a todos los integrantes del Comité; y si Ambev Perú tiene derecho a ser miembro del Comité porque cumple con todos los requisitos para ello, entonces tiene derecho a usar dichos bienes comunes. Sin embargo, si las marcas colectivas identificaran un estándar de calidad o un origen determinado de cerveza, podría decirse que existe un aprovechamiento de las inversiones realizadas por el Comité al pretender gozar de un prestigio sin compensar las inversiones realizadas para alcanzarlo. No obstante, ello no sería así dado que Ambev Perú estaría demostrando que los consumidores no identifican siquiera la existencia de dichas marcas colectivas y menos aún que las mismas identifiquen una calidad u origen determinado, lo cual quedaría acreditado por el hecho que no se recuerda ninguna campaña publicitaria orientada a asociar las marcas colectivas con alguna de las características de la cerveza. De esta manera, Ambev Perú sostiene que lo único que se hizo fue aprovechar la exclusividad concedida por las marcas mencionadas para hacer viable la red de intercambio de botellas, usándose así el efecto exclusividad sin que existiera la función distintiva.

¹ El funcionamiento de este sistema es análogo al de otros sistemas basados en la homogeneización de ciertos elementos de los productos para hacerlos intercambiables. Por ejemplo, el uso de tamaños y formas similares de enchufes, cassettes, discos compactos (esto permitirá que un consumidor pueda cambiar de equipo de música sin necesidad de cambiar todos los discos adquiridos anteriormente), entre otros. Si no se diera esta homogeneización, los costos de traslado de un proveedor a otro se elevarían para los consumidores, los mismos que tenderían a permanecer con el proveedor original. Otro ejemplo análogo es el mercado de los balones de gas, el cual tiene un sistema de intercambiabilidad que permite a los consumidores cambiar de proveedores de gas sin necesidad de adquirir un nuevo balón cada vez que cambie de proveedor.

(vi) De acuerdo al artículo 5º de la Ley de Propiedad Intelectual, el uso regular de una marca no puede ser considerado una práctica monopólica, de ahí se deriva que el uso irregular si puede serlo ya que constituiría un abuso de derecho (éste se configura cuando se ejerce un derecho para alcanzar fines disfuncionales con aquellos con los que éste fue reconocido; esto es, para desvirtuar su función). En este sentido, la agencia de competencia debe adoptar las medidas necesarias para coordinar las normas de propiedad intelectual y las de competencia a fin de evitar que el uso indebido de las primeras ocasionen la ineficiencia de la regulación de competencia.

Si usted cree que lo anterior ha sido suficiente, le comento que Ambev Perú señaló adicionalmente una serie de hechos que la motivaron a plantear la denuncia antes señalada. Los hechos adicionalmente señalados por Ambev Perú, son los siguientes:

- (i) El 22 de abril de 2003 Ambev Perú solicitó su incorporación como miembro de la Sociedad Nacional de Industrias. En respuesta a dicha solicitud, mediante Carta N° 023-05-2003 DPA/SNI del 5 de mayo de 2003, la Sociedad Nacional de Industrias informó a Ambev Perú de su incorporación a la referida institución en calidad de miembro adherente.
- (ii) Gozando de la calidad de miembro de la Sociedad Nacional de Industrias (en lo sucesivo, SNI), mediante comunicación del 26 de mayo de 2003 Ambev Perú solicitó al Comité su incorporación como miembro del mismo, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 14 de los Estatutos de la SNI. En respuesta a dicha solicitud, por comunicación del 30 de junio de 2003, el Presidente del Comité informó a Ambev Perú que su pedido sería evaluado en la próxima reunión ordinaria de dicho órgano de la SNI.
- (iii) Mediante carta del 10 de julio de 2003, el Comité informó a Ambev Perú que su solicitud de incorporación había sido denegada por unanimidad debido a que «ustedes (en referencia a Ambev Perú) actualmente no elaboran ni embotellan cerveza en el Perú».
- (iv) El 16 de setiembre de 2003, Ambev Perú remitió una comunicación al Comité en la cual solicita revocar la denegatoria anteriormente señalada. A fin de sustentar este pedido, Ambev Perú señaló que ni los Estatutos de la SNI ni los Estatutos del Comité exigen como requisito para la incorporación al Comité que el solicitante elabore o embotelle cerveza en el Perú al momento de presentar la solicitud de ingreso; y que como miembro adherente de la SNI gozaba de los mismos derechos que los socios industriales, incluido el derecho de integrarse a un comité. Asimismo, Ambev Perú también manifestó su interés y necesidad de incorporarse al SIE administrado por el Comité.
- (v) En respuesta a la indicada comunicación, mediante carta del 25 de setiembre de 2003 el Comité reiteró su negativa de incorporar a Ambev Perú como miembro de dicho órgano. En la mencionada carta, el Comité señaló lo siguiente:

«... Al respecto, les informamos que el Comité, en su reunión de Directorio de la fecha, ha reiterado su acuerdo, en el sentido de denegar su incorporación mientras no elaboren cerveza en el Perú.

El Comité sustenta su decisión en los artículos 4 y 26 del Estatuto de la Sociedad Nacional de Industrias, de los que fluye sin lugar a dudas que para ser miembro industrial y participar en los Comités Gremiales se requiere como requisito esencial, haber iniciado sus actividades, en un caso, y en otro, producir un porcentaje determinado de la actividad correspondiente en el Perú, es decir en la fabricación de cerveza».

(vi) Paralelamente, el 23 de setiembre de 2003 Backus, Cervesur y San Juan constituyeron una nueva asociación sin fines de lucro, a la cual denominaron «Confederación de Titulares de Marcas Cerveceras Peruanas» (constitución que había sido elevada a escritura pública el 9 de octubre de 2003).

(vii) El 14 de octubre de 2003, Ambev Perú reiteró su cuestionamiento a la negativa de su incorporación al Comité y, por ende, al SIE. Asimismo, informó su decisión de utilizar para su producción botellas de color ámbar de 620 ml. de capacidad de idénticas características a las existentes en el mercado debido a los motivos que se exponen en su carta:

«... Como ustedes comprenderán, para iniciar nuestra producción de cerveza en el país y cumplir con la formalidad que ustedes estiman necesaria para formar parte del Comité, requerimos tener definido de antemano qué envases utilizaremos cuando salgamos con nuestros productos al mercado.

Por ello, (...) entendiendo, de acuerdo con su carta, que cuando iniciemos la producción de cerveza en el país seremos igualmente incorporados al Comité, les informamos que hemos decidido utilizar para nuestra producción, botellas de color ámbar de 620 ml. de idénticas características a las existentes, como envase de la cerveza que produciríamos en el Perú. Ello con el fin de tener desde el inicio acceso a la intercambiabilidad de los envases como el resto de la industria cervecera nacional».

(viii) Mediante carta del 11 de noviembre de 2003, la SNI comunicó a Ambev Perú que había tomado conocimiento de la compra que dicha empresa había realizado de los activos de la empresa Embotelladora Rivera S.A., hecho que le brindaba a Ambev Perú la calidad de Miembro Industrial de la SNI.

(ix) El 11 de diciembre de 2003, el Comité solicitó a la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI la aprobación e inscripción de la transferencia de las siguientes marcas colectivas a favor de la Confederación:

- La marca colectiva constituida por la figura de un triángulo equilátero con las letras CFC, las ramas de cebada entrelazadas y la figura de la flor de lúpulo para distinguir cervezas, aguas minerales, gaseosas y otras bebidas no alcohólicas y demás productos de la Clase N° 32 de la Nomenclatura Oficial.
- La marca colectiva constituida por la figura de un triángulo equilátero con las letras CFC, las ramas de cebada entrelazadas y la figura de flor de lúpulo para distinguir envases de cristal o vidrio de la Clase N° 21 de la Nomenclatura Oficial.
- Marca colectiva constituida por un envase (botella pequeña) para distinguir envases de cristal o vidrio, y demás productos de la Clase N° 21 de la Nomenclatura Oficial.

(x) Mediante carta del 18 de diciembre de 2003, Ambev Perú solicitó al Comité que «*detalle con precisión cuál es el porcentaje de la actividad*» al que se refirieron en su carta del 25 de setiembre de 2003 y que señale cuáles eran los requisitos completos para su incorporación al mismo. De igual forma, solicitó al Comité que lo autorice, en tanto titular de las marcas anteriormente señaladas, para ordenar al fabricante Owens Illinois Perú S.A. la fabricación de diez mil (10 000) botellas de color ámbar de 620 ml. de capacidad, identificados con el logotipo del Comité, a fin de que pueda iniciar las pruebas de envase requeridas para la puesta en operación de los procesos productivos y de comercialización.

Respecto de las infracciones al Decreto Legislativo N° 701, Ambev Perú señaló que las conductas anteriormente señaladas habrían configurado las siguientes infracciones:

- a) Infracción al artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701² por haber establecido y desarrollado una estrategia anticompetitiva constituida por una serie de actos coordinados contrarios a las normas de libre competencia.
- b) Infracción al literal a) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701³ por abuso de posición de dominio derivado de la negativa injustificada de los denunciados de contratar con Ambev Perú un sistema de intercambio y permuta de envases.
- c) Infracción del literal f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701⁴ por abuso de posición de dominio derivado de la generación de barreras estratégicas por parte de los denunciados con el propósito de impedir, retrasar o hacer más costoso el ingreso de nuevos competidores al mercado de cerveza; barreras que se materializarían a través de la negativa de acceso al SIE (conducta con efectos exclusorios).
- d) Infracción del literal f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 por abuso de posición de dominio derivado de la negativa arbitraria de incorporación de Ambev Perú al Comité y, por tanto, al SIE.

Atendiendo a lo anterior, resulta pertinente señalar que conforme al Decreto Legislativo N° 701, las infracciones pueden ser calificadas como leves, graves y muy graves.

² «**DECRETO LEGISLATIVO N° 701, Artículo 3°** .- Están prohibidas y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.»

³ «**DECRETO LEGISLATIVO N° 701, Artículo 5°** .-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, 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. Son casos de abuso de posición de dominio:

a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de ventas o prestación, de productos o servicios. (...)

⁴ «**DECRETO LEGISLATIVO N° 701, Artículo 5°** .- (...)»

Son casos de abuso de posición de dominio:

(...)

f) Otros casos de efecto equivalente.»

Para efectos de determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, la autoridad administrativa tomará en cuenta los siguientes criterios:

- a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.
- b) La dimensión del mercado afectado.
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
- d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- e) La duración de la restricción de la competencia.
- f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

Si la infracción fuera calificada como leve o grave, la autoridad administrativa podrá sancionar al infractor con una multa de hasta mil (1 000) UITs, siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

Si la infracción fuera calificada como muy grave, la autoridad administrativa podrá sancionar al infractor con una multa superior a las mil (1 000) UITs, siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

Tomando en consideración lo anterior, Ambev Perú solicitó a la Comisión de Libre Competencia que en su oportunidad declare fundada la denuncia interpuesta y, en consecuencia, declare que las empresas del Grupo Backus han contravenido el artículo 3° y los literales a) y f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701, impidiendo el acceso de Ambev Perú al SIE (administrado por el Comité), constituyendo ello una barrera arbitraria de acceso al mercado. Asimismo, solicitó que se declare que el Comité y la Confederación han participado en la adopción y ejecución de las prácticas y actos denunciados, siendo también por ello responsables de tales conductas irregulares.

Adicionalmente, y en calidad de pretensiones accesorias, Ambev Perú solicitó a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI lo siguiente:

- a) Que se califique de muy graves las infracciones denunciadas.
- b) Se sancione a las empresas integrantes del Grupo Backus con una multa equivalente al 10% de las ventas brutas de cada una de ellas registradas en el año anterior.
- c) Se sancione al Comité y a la Confederación con una multa de hasta 1 000 UITs, teniendo en cuenta que éstas han participado directamente en el diseño e implementación de la estrategia anticompetitiva desarrollada por las empresas integrantes del Grupo Backus.
- d) Se ordene a las empresas del Grupo Backus, así como al Comité y a la Confederación la cesación de todas las prácticas ilegales

que han venido desarrollando contra Ambev Perú, ordenándoseles: (i) Permitir a Ambev Perú participar de forma plena del SIE administrado por el Comité; y (ii) Que los denunciados se inhiban de desarrollar cualquier acto o acción destinada a impedir que Ambev Perú pueda utilizar el SIE, incluyendo la transferencia de la marca colectiva a un ente distinto del Comité que no garantice el acceso de Ambev Perú al SIE.

- e) Se ordene a la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia que realice acciones de supervisión del mercado de cerveza a fin de evitar que las empresas del Grupo Backus sigan desarrollando o desarrollen prácticas anticompetitivas que entorpezcan o retrasen el acceso al mercado por parte Ambev Perú o de cualquier otro agente interesado en desarrollar actividades en el mercado cervecero peruano.
- f) Se condene a los denunciados al pago de las costas y costos del presente procedimiento administrativo.

Adicionalmente a la denuncia interpuesta, el mismo 8 de enero de 2004 Ambev Perú solicitó a la Comisión de Libre Competencia dictar las siguientes medidas cautelares:

- (i) Que se ordene al Comité, a las empresas denunciadas que lo integran, a la Confederación y a la Oficina de Signos Distintivos de INDECOPI «la cesación de cualquier acto destinado a transferir las marcas colectivas de titularidad del Comité».
- (ii) Que se imponga a todos los denunciados condiciones determinadas y las reglas de conducta que la Comisión considere adecuadas para que Ambev Perú obtenga diez mil (10 000) botellas nuevas de color ámbar de 620 ml. identificadas con las referidas marcas colectivas, a fin de que Ambev Perú pueda determinar las dimensiones y ajustes de sus equipos y poder dar inicio a las pruebas de producción respectivas.

Como fundamento de su pedido de medida cautelar, Ambev Perú señaló lo siguiente:

a) Respeto de la verosimilitud del derecho

La estrategia de los denunciados se divide en dos etapas complementarias: la negativa arbitraria de ingreso al Comité por parte de los denunciados y el intento de transferencia de las marcas colectivas a la Confederación. La única finalidad de dicha estrategia sería la de generar mayores costos y, en el mejor de los casos para el Grupo Backus, el impedir el ingreso de Ambev Perú, generándose así barreras de entrada al mercado cervecero peruano.

En lo que respecta a la primera etapa, Ambev Perú señaló que la única vía de acceso para ingresar al SIE es el ingreso al Comité, debido a que sólo sus miembros están autorizados al uso de las marcas colectivas. De continuarse con la negativa reiterada y arbitraria de impedir la incorporación de Ambev Perú, se incrementarían los costos para las compañías cerveceras que operan o buscan operar en el mercado y para los consumidores.

En lo que respecta a la segunda etapa, es decir, a la transferencia de las marcas colectivas con fines anticompetitivos, Ambev Perú señaló que los denunciados han iniciado ante la Oficina de Signos

Distintivos, el procedimiento de transferencia de las marcas colectivas, que sirven como eje del SIE, del Comité a la Confederación (esta última persona jurídica integrada en su totalidad por empresas del Grupo Backus). Dicha transferencia tendría por única finalidad evitar que Ambev Perú pueda acceder al SIE, debido a que el Estatuto de la Confederación imposibilitaría el acceso de Ambev Perú a la misma, lo cual a su entender constituye un abuso de derecho por parte de las denunciadas.

En vista de lo anterior, Ambev Perú sostiene que de la apreciación conjunta de las referidas estrategias, se acreditarían claros indicios de la intención de los denunciados para evitar, o al menos hacer más costoso, el ingreso de Ambev Perú al mercado cervecero peruano mediante la creación de barreras ilegales de acceso.

b) Respeto al peligro en la demora

Ambev Perú señaló que su pedido de medida cautelar resultaba necesario a fin de que su cronograma de construcción de la fábrica y compra de los equipos necesarios para el inicio de su actividad productiva no se vea afectado por la estrategia anticompetitiva seguida por los denunciados. Asimismo, Ambev Perú señaló que más allá de los costos que este retraso le ocasiona (lucro cesante, incremento en costos operacionales, entre otros) el impacto mayor se produciría en el mercado al retrasarse el desarrollo de la competencia en perjuicio directo de los consumidores, quienes podrían ver recortada su posibilidad de acceder a nuevos productos y a que la competencia generada por la presencia de un nuevo competidor les procure mejores precios.

Adicionalmente, de no concederse la medida cautelar solicitada se generaría un daño irreparable a los consumidores de difícil cuantificación e individualización. En este sentido, resultaría muy difícil indemnizar las oportunidades perdidas por cada consumidor y el costo que ello le significó en cada compra de cerveza debido a que hubiera podido contar con más opciones si se hubiera dictado la medida cautelar solicitada. Estos daños deben ser evitados porque compensarlos, cuando ya se han producido, no es socialmente eficiente.

De otro lado, Ambev Perú señaló que de concedérsele la medida cautelar solicitada, podría utilizar los envases requeridos, lo cual no generaría ningún perjuicio a los denunciados, toda vez dichos envases no serían comercializados, sino que únicamente servirían para realizar las pruebas de producción y calibración de máquinas respectivas. De igual manera, de ordenarse la paralización de la transferencia de las marcas colectivas tampoco se ocasionaría perjuicio alguno a los denunciados ya que la titularidad de las marcas mencionadas se mantendría en los mismos individuos a los cuales pretende transferirseles.

El 28 de enero de 2004, Ambev Perú presentó un nuevo escrito a la Comisión de Libre Competencia, en el cual precisaba que la medida cautelar solicitada no se limitaba a evitar únicamente la transferencia de las marcas colectivas a favor de la Confederación, sino que comprendía la transferencia a favor de cualquier otra entidad o persona, sin importar la modalidad bajo la cual se realizara dicha transferencia (compraventa, permuta, donación o cualquier otro mecanismo). Asimismo, Ambev Perú señaló respecto de su pedido cautelar consistente en el uso de 10 000 botellas de color ámbar de 620 ml. de capacidad, que las mismas serían utilizadas única y exclusiva-

mente para determinar las dimensiones y ajustes de sus equipos, así como para poder dar inicio a las pruebas de producción respectivas. Sobre este último aspecto, Ambev Perú señaló que el número de las botellas y la condición de los envases solicitados se justifican debido al tipo de pruebas a los que serían sometidos (pruebas de llenado, resistencia, abrasividad con maquinaria, vida útil, entre otras). Adicionalmente, Ambev Perú señaló que la Comisión de Libre Competencia debía tener presente que el indicado número de botellas equivale a 833 cajas de cerveza, las cuales pueden ser transportadas por un solo camión.

De otro lado, en la misma fecha, es decir, el 28 de enero de 2004, Ambev Perú informó a la Comisión de Libre Competencia que por carta del 14 de enero del mismo año, el Comité había dado respuesta a su comunicación del 18 de diciembre de 2003. En la referida comunicación, el Comité informó a Ambev Perú que no cumplía los requisitos para ingresar a dicho órgano de la SNI, señalando que para ingresar al Comité se requiere, entre otros requisitos: (i) ser socio industrial de la SNI ; y (ii) desarrollar o ejercer en el Perú las industrias cervecera o maltera, dejando abierta la posibilidad de incorporar en el futuro nuevos requisitos para acceder al Comité. Asimismo, Ambev Perú señaló que en la referida comunicación, el Comité no había respondido cuál era el porcentaje necesario de actividad en el mercado cervecero para acceder a dicho órgano, y se había negado a autorizar que Owens Illinois Perú S.A. produzca, por encargo de Ambev Perú, las 10 000 botellas que esta empresa necesita para realizar las actividades anteriormente señaladas.

Finalmente, en el indicado escrito, Ambev Perú señaló que como parte de la estrategia seguida por el Grupo Backus para retrasar su ingreso al Comité, se había diseñado la forma de mantenerlo fuera del SIE de manera definitiva. En efecto, Ambev Perú manifestó que con fecha 4 de diciembre de 2003, el Comité y la Confederación habían celebrado un Contrato de Transferencia de las Marcas Colectivas, en cuyas cláusulas se estipulaba lo siguiente:

«Primera: El COMITÉ es el titular de las marcas colectivas conformadas por el «LOGO TRIANGULAR CFC» y «EL ENVASE», que le fueran concedidas por Resolución N° 041363 – TIPI – INDECOPI, Resolución N° 014523 – 94- INDECOPI/OSD y por Resolución N° 013792-94-INDECOPI/OSD e inscrita bajo los certificados de propiedad números 007, 003 y 002 para distinguir productos de las clases 21 y 32, respectivamente.

Segunda: Por el presente acto, EL COMITÉ transfiere a LA CONFEDERACIÓN, (...) el registro de las marcas colectivas conformado por «LOGO TRIANGULAR CFC» y «EL ENVASE» a que se refiere la cláusula anterior.

Tercera: Las partes convienen que el precio por la transferencia de cada uno de los registros se fija en la suma simbólica de US\$ 1,00 (UN DÓLAR AMERICANO).

Cuarta: (...) se establece que el uso de las marcas colectivas objeto del presente contrato quedará reservado a las empresas integrantes de EL COMITÉ, las cuales resultan ser las mismas que integran LA CONFEDERACIÓN. Se deja constancia además, que la presente transferencia se ajusta a las normas internas de EL COMITÉ y a su reglamento respectivo.

(...)

Sexta: La presente transferencia deberá registrarse ante la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI para que surta efectos ante terceros.»

Así, Ambev Perú sostuvo que mediante el indicado acto jurídico se estaría realizando una transferencia ficticia de las marcas colectivas, toda vez que al ser transferidas del Comité a la Confederación, no se estaría cambiando realmente la titularidad de éstas, lo único que sucedería es que dichas marcas quedarían bajo el dominio de un titular que las administraría a su antojo: el Grupo Backus.

El 17 de febrero de 2004 Ambev Perú acusó al Grupo Backus de ejecutar, de manera complementaria a los hechos señalados en la denuncia, una campaña destinada a incrementar arbitrariamente los obstáculos para distribuir y comercializar sus productos. A decir de Ambev Perú, dicha campaña quedaría acreditada con los siguientes hechos:

- (i) A partir de los meses de junio y julio de 2003, precisamente cuando Ambev Perú hizo pública su intención de incursionar en el mercado cervecero peruano, el Grupo Backus empezó una estrategia destinada a cerrar el acceso a Ambev Perú a los principales canales de comercialización de cerveza en el mercado (puntos de venta o distribuidores minoristas: bodegas, restaurantes, licorerías, etc), para lo cual estaría «forzando» a dichos agentes a celebrar contratos de exclusividad para la venta de los productos elaborados y comercializados por dicho grupo.
- (ii) La celebración de dichos contratos tendría por única finalidad excluir a los potenciales competidores – específicamente a Ambev Perú – de los principales canales de distribución de cerveza, cerrándose o dificultándose así, de manera arbitraria, el acceso al mercado de los productos comercializados por dicha empresa. En este sentido, no se vislumbrarían cuáles serían los efectos positivos de la celebración de dichos contratos para los minoristas, así como tampoco se identificarían cuáles serían los beneficios indirectos de las restricciones para los consumidores (por el contrario, sólo habría un impacto negativo: la reducción de opciones disponibles en los puntos de venta).

Atendiendo a lo anteriormente señalado, Ambev Perú amplió su denuncia en el sentido de que las empresas del Grupo Backus han abusado de su posición de dominio en el mercado al forzar a las empresas dedicadas a la venta o reventa de cerveza a celebrar contratos de distribución exclusiva, así como al incluir en dichos contratos una serie de estipulaciones destinadas a impedir la publicidad y comercialización de productos distintos a los producidos y comercializados por dichas empresas, conductas que constituirían infracciones a lo establecido en el artículo 3° y en el inciso f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.

A criterio de Ambev Perú dichas infracciones deberían ser calificadas por la Comisión de Libre Competencia como MUY GRAVES, motivo por el que las empresas del Grupo Backus que han participado en las mismas deberían ser sancionadas con una multa equivalente al 10% de las ventas brutas de cada una de ellas registradas en el año anterior. Finalmente, Ambev Perú señaló que, en su oportunidad, la Comisión de Libre Competencia debería ordenar a las empresas del Grupo Backus participantes en los hechos denunciados, la inmediata cesación de todas las prácticas ilegales señaladas en su

ampliación de denuncia, y debería ordenárseles que se inhiban de poner en práctica los contratos de exclusividad ya celebrados e inhibirse de incluir en los contratos de exclusividad que celebren en el futuro actos que vulneren la regulación de competencia vigente.

4. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de Libre Competencia?

De acuerdo a la experiencia que cada uno de nosotros ha acumulado a lo largo de su vida, hemos podido percatarnos que durante los meses de verano aumenta el precio de los helados, así como de diversos artículos que durante el resto del año no son demandados (protectores solares, ropas de baño, entre otros). Asimismo, cuando surge un conflicto bélico en medio oriente, inmediatamente sube el precio del petróleo a nivel mundial, siendo cada uno de nosotros conductores víctimas del incremento del precio de los combustibles.

Estos hechos que se presentan en los distintos mercados anteriormente señalados tienen su explicación en dos palabras que los economistas repiten hasta la saciedad: la oferta y la demanda.

En buena cuenta, la oferta y la demanda constituyen las fuerzas que hacen que funcionen las economías de mercado. Determinan la cantidad que se va a producir de cada bien y el precio al que éste será vendido. Como bien señala Gregory Mankiw⁵, si queremos saber cómo afectará a la economía un acontecimiento o una medida económica, debemos pensar primero cómo afectará a la oferta y a la demanda.

Los términos oferta y demanda se refieren a la conducta de las personas cuando se interrelacionan en los mercados. Un mercado puede ser definido, en términos bastante sencillos, como un grupo de compradores y vendedores de un determinado bien o servicio. En este marco, corresponde a los compradores determinar la demanda de un bien o servicio, y a los vendedores determinar el precio que cobrarán por dicho bien o servicio.

Se dice que un mercado es competitivo o perfecto⁶ cuando hay muchos compradores y muchos vendedores, por lo que cada uno de ellos, de manera independiente, ejerce una influencia insignificante en el precio de mercado. Para que ello suceda, un mercado competitivo debe reunir los siguientes requisitos:

- (i) Los bienes que se ofrecen en venta son todos iguales; y,
- (ii) Los compradores y vendedores son tan numerosos que ningún comprador ni ningún vendedor puede influir en el precio de mercado.

Dadas las características anteriormente señaladas en los mercados competitivos o perfectos, se dice que tanto los vendedores como los compradores deben aceptar el precio determinado por el mercado, motivo por el cual dichos agentes son precio – aceptantes.

Sin embargo, existen algunos casos en los que los mercados no son tan competitivos. En efecto, en algunos mercados sólo hay un

vendedor, y éste es el que fija el precio. En este tipo de mercados se dice que nos encontramos frente a un monopolio (por ejemplo, Seda-pal en lo relativo al servicio de saneamiento en la ciudad de Lima).

Otros mercados se caracterizan por encontrarse entre los extremos de la competencia perfecta y el monopolio. Uno de dichos tipos de mercados es el denominado oligopolio, en el cual solamente confluyen unos cuantos vendedores (por ejemplo, el mercado del servicio aéreo de pasajeros).

En estos mercados de competencia imperfecta (monopolios y oligopolios, entre otras variantes), dada la tecnología, los precios son más altos y los niveles de producción más bajos que en condiciones de competencia perfecta. Sin embargo, los competidores imperfectos no solo tienen dichos vicios, sino que también tienen virtudes. En efecto, las grandes empresas explotan las economías de la producción en gran escala y son responsables de una gran parte de las innovaciones que impulsan el crecimiento económico a largo plazo⁷.

Si una empresa puede influir significativamente en el precio de mercado de su producto, se dice que es un «*competidor imperfecto*». Es decir, habrá competencia imperfecta en una determinada industria siempre que los vendedores puedan controlar en alguna medida el precio de su producto⁸.

Ahora bien, como acertadamente señalan Samuelson y Nordhaus⁹, la competencia imperfecta no significa que una empresa controle absolutamente el precio de su producto. A fin de graficar lo anteriormente señalado, los indicados autores citan el siguiente ejemplo:

«Pensemos en el mercado de bebidas de cola, en el que Coca Cola y Pepsi tienen conjuntamente la mayor cuota de mercado y predomina claramente la competencia imperfecta. Si el precio medio de las bebidas refrescantes de otros productores del mercado es de 75 centavos, Pepsi puede ser capaz de fijarlo en 70 u 80 y seguir siendo una empresa viable. Difícilmente podría fijarlo en 40\$ o en 5 centavos la lata, pues a esos precios quebraría. Vemos, pues, que un competidor imperfecto tiene, al menos, un cierto margen de maniobra para fijar su precio».

Así, los monopolios no pueden conseguir el nivel de beneficios que deseen, ya que los precios altos reducen la cantidad que compran sus clientes. Aunque los monopolios pueden controlar los precios de sus bienes y servicios, sus beneficios no son ilimitados¹⁰.

Conforme se ha señalado, el monopolio es el supuesto más extremo de la competencia imperfecta. En dicho caso extremo, nos encontramos ante un único vendedor que tiene el control absoluto de una determinada industria, y no existen otros agentes que produzcan bienes sustitutos. Mientras una empresa competitiva es un precio – aceptante, una empresa monopolística es un precio – decisor. Sin embargo, ninguna posición monopolística es eterna, dado que en cualquier momento puede ingresar un competidor.

⁷ SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. Economía. Décimo Séptima Edición. Madrid, España, 2002, p. 141.

⁸ SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. Op. Cit., p. 142.

⁹ SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. Op. Cit., p. 142.

¹⁰ MANKIW, N. Gregory. Op. Cit., p. 197.

⁵ MANKIW, N. Gregory. Principios de Economía. Segunda Edición. España: Mc Graw – Hill. 2003, p. 41.

⁶ MANKIW, N. Gregory. Op. Cit., p. 42.

Según Stiglitz¹¹, para que persista un monopolio ha de haber algunos factores que impidan la aparición de competencia. Del mismo modo, cuando hay beneficios en condiciones de competencia imperfecta, ha de haber algunos factores que impidan la entrada de otras empresas y la erosión de esos beneficios. Estos factores son denominados «barreras de entrada». Las barreras de entrada son factores que dificultan la entrada de nuevas empresas en una industria, teniendo estas barreras de entrada los más diversos orígenes. Cuando estas barreras de acceso son elevadas, un sector puede tener pocas empresas y con ello, contar con pocos incentivos para competir.

Cuando hay pocas barreras de entrada al mercado, el Estado no tiene que preocuparse mucho por los monopolios. Éstos pueden ser temporales: los beneficios del monopolista atraerán a otras empresas, por lo que ésta perderá su posición monopolista. Cuando hay muchas barreras, aunque sólo sirvan para retrasar la entrada, existe un motivo de preocupación, sobre todo cuando las propias empresas toman medidas para crear las barreras¹².

Entre los diversos tipos de barrera de entrada se señalan los siguientes: las restricciones legales, la propiedad exclusiva de un factor esencial, los elevados costes de entrada y la publicidad y diferenciación del producto.

Como ejemplo de las restricciones legales, se cita el caso de las patentes. Las patentes conceden a su titular el derecho a usar temporalmente de forma exclusiva el producto o proceso inventado. Se señala que resulta adecuado que el Estado conceda monopolios basados en patentes, a fin de incentivar la invención, pues, de lo contrario, las personas no estarían dispuestas a dedicar tiempo y demás recursos a la investigación.

Sobre la propiedad exclusiva sobre un factor esencial, Stiglitz¹³ cita el ejemplo de una empresa de aluminio que podría intentar hacerse del monopolio de ese metal comprando todas las fuentes de bauxita, que es el ingrediente principal. Así, una sola empresa sudafricana, De Brees, casi ha llegado a monopolizar las existencias mundiales de diamantes.

Además de las barreras anteriormente señaladas, también existen barreras de índole económica a las que igualmente se les denomina elevados costes de entrada. A fin de ilustrar este supuesto, Samuelson y Nordhaus¹⁴ señalan lo siguiente:

«Consideremos, por ejemplo, el caso del sector de la aviación comercial. El elevado coste de diseñar y probar nuevos aviones disuade a los que se plantean la posibilidad de entrar en el mercado. Es probable que solo dos compañías – Boeing y Airbus – puedan pagar los 10 000 o 15 000 millones de dólares que cuesta desarrollar la siguiente generación de aviones.»

Las empresas también realizan inversiones intangibles, que pueden ser muy caras de realizar para cualquiera que esté considerando la posibilidad de entrar. Examinemos el caso del sector de programas

informáticos. Una vez que una hoja de cálculo (como el Excel) o un programa de proceso de textos (como el Word) ha logrado un alto grado de aceptación, los competidores potenciales tienen dificultades para hacer incursiones en el mercado. Los usuarios son reacios a cambiar de programa una vez que lo han aprendido. Por consiguiente, para conseguir que prueben uno nuevo, cualquier empresa que desee entrar habrá de realizar una gran campaña publicitaria, lo cual es caro y puede impedir la producción de un artículo rentable.»

Respecto de la barrera de entrada consistente en la publicidad y la diferenciación del producto, debe tenerse presente que mediante el vehículo publicitario las empresas buscan llamar la atención sobre sus productos, logrando en muchos casos fuertes vínculos de fidelidad de los consumidores con determinadas marcas. Así, no debe sorprender que la inversión que anualmente realizan Coca Cola y Pepsi en campañas publicitarias, desincentiven a cualquier potencial competidor a incursionar en dicho mercado.

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, podemos apreciar que las barreras de entrada son una de las principales causas del monopolio.

Habiendo llegado a este extremo, resulta pertinente señalar que según Mankiw¹⁵, uno de los principios básicos de economía es que el Estado puede mejorar a veces los resultados del mercado. Al respecto, el indicado autor señala que hay dos grandes razones por las que el Estado interviene en la economía: para fomentar la eficiencia y la equidad.

Si bien Mankiw reconoce que la «mano invisible» lleva normalmente a los mercados a asignar eficientemente los recursos, ello no siempre sucede así. Los economistas utilizan el término *falla de mercado* para referirse a las situaciones en las que el mercado no asigna por sí solo los recursos eficientemente.

Mankiw señala que una de las principales causas de un *falla de mercado* es el denominado poder de mercado. El poder de mercado se refiere a la capacidad de una persona (o de un pequeño grupo de personas) para influir indebidamente en los precios de mercado.

A fin de evitar que este poder de mercado perjudique a la colectividad y al mercado como institución rectora de la economía, el Estado interviene en el mundo de la economía a través de la dación de normas. Este es el origen de la legislación antimonopólica, antitrust o de la libre competencia.

Esta legislación tiene por objeto controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, o la adquisición y/o el abuso de una posición dominante en el mercado que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente, de algún otro modo, la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional, internacional o el desarrollo económico¹⁶.

Conforme señala Diez Canseco¹⁷, en principio la normativa sobre libre competencia se aplica a las empresas con respecto a todos

¹¹ STIGLITZ, Joseph E. Principios de Microeconomía. Barcelona, España: Editorial Ariel S.A, 1994, p.455.

¹² STIGLITZ, Joseph E. Op. Cit., p. 455.

¹³ STIGLITZ, Joseph E. Op. Cit., p. 456.

¹⁴ SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. Op. Cit., p. 147.

¹⁵ MANKIW, N. Gregory. Op. Cit., p.8.

¹⁶ DIEZ CANSECO, Luis. *Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica*. En: Themis – Revista de Derecho Nº 36, p. 46.

¹⁷ DIEZ CANSECO, Luis. Op. Cit., p. 47.

sus convenios, actos o transacciones de bienes, servicios o propiedad intelectual. Del mismo modo, se aplica a toda persona natural que, obrando en su capacidad privada como propietario, gestor o empleado de una empresa, autoriza la realización de prácticas prohibidas por la ley o participa o colabora en ellas.

Asimismo, el indicado autor señala que un aspecto importante sobre la noción de empresa es que, al igual que ocurre en el resto del mundo, también deben considerarse como «empresas» a las asociaciones profesionales. Como actualmente ninguna de las leyes vigentes en la región lo señala explícitamente, esto deberá alcanzarse por la vía de la interpretación. Por excepción, no se aplica a los actos soberanos del Estado o de las administraciones locales, ni los actos de las empresas o personas naturales que hayan sido impuestas por el Estado o las administraciones locales¹⁸.

Finalmente, y como bien señala Bullard¹⁹, la competencia no se crea, se descubre. Y el rol del Estado no es crear competencia o sustituirla, sino, por el contrario, establecer algunas reglas básicas que permitan su propio desarrollo. Las políticas de competencia deben evitar que se creen barreras de acceso al mercado que limiten artificialmente el número de opciones de los consumidores. No les corresponde eliminar la eficiencia como barrera, que es otra cosa. Deben buscar que los agentes, y muy especialmente el Estado, no cree reglas que limiten la posibilidad de competir. Pero su acción no se dirige al resultado completo, sino a preservar el proceso. Como en el deporte, no es el rol del árbitro del juego determinar el resultado, sino sólo preservar que ciertas reglas sean preservadas para que el resultado refleje lo que ocurrió en la cancha.

5. El Decreto Legislativo N° 701 y el abuso de posición de dominio en el mercado

El artículo 1° del Decreto Legislativo N° 701 señala que la finalidad de dicho cuerpo legal es la siguiente:

«La Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores».

A fin de lograr la finalidad anteriormente indicada, el Decreto Legislativo N° 701 sanciona dos tipos de conductas: (i) el abuso de posición de dominio en el mercado; y (ii) las prácticas restrictivas de la libre competencia.

El artículo 4° del Decreto Legislativo N° 701, define el abuso de posición de dominio en los siguientes términos:

«Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes y servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución».

Por su parte, el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701 define las prácticas restrictivas de la libre competencia en los siguientes términos:

«Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia (...)».

Para efectos del presente trabajo nos centraremos exclusivamente en lo relativo al abuso de posición de dominio.

Un primer aspecto que debe ser resaltado de la definición, contenida en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 701, es que la legislación peruana no sanciona a los monopolios *per se*, sino que únicamente son sancionadas las prácticas que puedan realizar los monopolistas abusando de la posición de dominio que tienen en el mercado. De esta forma, como señala Bullard²⁰, se renuncia a establecer la razonabilidad del monopolio, es decir, a determinar si estamos ante un monopolio bueno o un monopolio malo. Se acepta el monopolio, y en general la concentración de poder económico como un hecho que puede ser producto del propio sistema de competencia.

Asimismo, Bullard señala que no debe confundirse el uso de la posición con el abuso de la posición. A fin de explicar lo anterior, el indicado autor manifiesta que una empresa de ciertas dimensiones, con una inversión importante de capital y con una participación importante en el mercado puede tener una serie de ventajas para competir con otras empresas que no gozan de tal posición. Mientras el uso de su posición sea utilizado para generar eficiencia y con ello mayor bienestar a los consumidores, dicho uso no debería ser cuestionado.

Conforme se señaló en el acápite IV del presente artículo, el monopolio se da cuando no existen suficientes ofertantes o demandantes en el mercado, con lo cual no se puede evitar que alguno de estos pueda influir de manera sustantiva en el precio y demás condiciones. A esto es lo que se refiere el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 701 cuando señala que «(...) pueden actuar de modo independiente con prescindencia de (...)».

A fin de determinar si una empresa tiene posición de dominio en el mercado, debe desarrollarse la presente metodología²¹:

¹⁸ Sobre este particular, recomendamos la lectura de «¿Por qué el largo brazo de la Ley de Libre Competencia no alcanza a los políticos y funcionarios públicos?». En dicho artículo publicado en *Cuadernos Jurisprudenciales*, Suplemento de la *Revista Diálogo con la Jurisprudencia* correspondiente al mes de febrero de 2004, el doctor Ivo Gagliuffi Piercechi expone y analiza las razones por las que a su entender la Ley de Libre Competencia también debería alcanzar a políticos y funcionarios públicos.

¹⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía, el análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Perú: Palestra Editores, 2003, p. 626 - 627.

²⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. Cit.*, p. 699.

²¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. Cit.*, p. 701.

- (i) Se debe determinar el mercado relevante, es decir, qué bienes y/o servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico se da dicha competencia. Esto porque cuanto más competencia exista, menor será la posibilidad de que se considere que hay una posición de dominio, pero, para ello, hay que determinar precisamente a qué nivel de competencia está sujeta la empresa; y
- (ii) Determinar el nivel de concentración en el mercado, es decir, cuál es el poder de mercado real que la empresa tiene en el mercado relevante.

Solamente después de haber establecido con toda claridad que una empresa goza de una posición de dominio en un mercado determinado, se podrá analizar si ésta ha abusado o no de dicha posición, para lo cual se analizarán los supuestos expresamente tipificados en el Decreto Legislativo N° 701, así como los posibles casos que encajen dentro de las cláusulas generales establecidas legalmente.

Al respecto, debe tenerse presente que conforme al artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 son casos de abuso de posición de dominio los siguientes:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.
- b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- d) Otros casos de efecto equivalente.

Ahora bien, Bullard²² advierte que el error en la autoridad en calificar la práctica puede tener consecuencias muy negativas para el mercado. Si la autoridad sanciona a una empresa por usar su eficiencia productiva al competir, está penalizando precisamente la eficiencia que el mercado busca generar. Al hacerlo, el mensaje que está mandando es que las empresas sean menos eficientes. Esta situación exige una actuación muy cautelosa de la autoridad. De ello se deriva que, en caso de duda sobre la naturaleza ilegal de la práctica, se presuma la legalidad de la misma. Por lo tanto, los efectos nocivos de la práctica deberán de haber quedado acreditados de manera contundente y los posibles beneficios de la misma no deberán ser importantes para que dicha actuación pueda ser calificada, finalmente, como un caso de abuso de posición de dominio.

²² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Op. Cit., p. 711.

A continuación, vamos a analizar dos (2) supuestos específicos de casos de abuso de posición de dominio en el mercado: la negativa injustificada a contratar y los convenios de exclusividad.

a) La negativa injustificada a contratar

La prohibición de la negativa de trato da lugar a la confrontación de dos bienes jurídicos: el derecho de contratar libremente y actuar en el mercado en un ambiente de libre competencia.

En efecto, la negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado, queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor o con un cliente²³. Es decir, con esta excepción se establece una obligación de contratar para las empresas con posición de dominio, salvo que medie causa justificada para no hacerlo²⁴.

Cuando la libertad de contratar es ejercida por empresas que cuentan con poder monopólico, queda supeditada a las limitaciones que establecen las normas de libre competencia. Ello no sólo resulta coherente desde una perspectiva económica, sino desde una perspectiva legal, en tanto que las normas que reconocen la libertad de contratar condicionan la validez de su ejercicio al cumplimiento del marco legal vigente, en especial las normas de orden público. Una de estas normas de orden público es la prohibición de negativas injustificadas de trato²⁵.

La negativa no necesariamente tiene que ser abierta y clara. Formas de negativa más sofisticadas son simplemente no dar respuesta a los pedidos que se formulan, o dar excusas sobre la posibilidad de atenderlos en los plazos solicitados, o pedir nuevas aclaraciones o dar información errónea para bloquear o retrasar la atención de las solicitudes. Toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción de un pedido efectuado o la demora sistemática de su atención, podría quedar tipificada como una negativa injustificada a contratar en los términos del Decreto Legislativo N° 701.

Si una empresa goza de una facilidad esencial, es decir la titularidad en situación de posición de dominio de un bien o servicio necesario para que su competidor produzca bienes o preste servicios, entonces podrá ser forzado por la legislación antimonopolios a contratar con su competidor el suministro de dicho bien o servicio.

Respecto de la doctrina de las facilidades esenciales, Quintana²⁶ señala que no se trata de una novedad para las normas de libre competencia. En términos simples, supone que la empresa propietaria o administradora de determinados activos o infraestructura – calificados de esenciales – debe compartirlas con terceros, que muchas veces son sus competidores, aun en contra de su voluntad e, incluso, bajo condiciones impuestas, interpretándose la negativa como una

²³ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Op. Cit., p. 731.

²⁴ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. *Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?* En: *Ius et Veritas*, N° 25, p. 381.

²⁵ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. Op. Cit., p. 381.

²⁶ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. Op. Cit., p. 382.

violación a las normas antimonopolio. Asimismo, el indicado autor señala que en la jurisprudencia norteamericana se ha considerado como facilidades esenciales a las infraestructuras o, en general, bienes cuyo control otorga a sus poseedores significativas ventajas en costos frente a aquellos que no tienen acceso a ellos, constituyéndose así en «*cuellos de botella*» para terceros que requieren necesariamente de dichas facilidades, por ser insumo para sus actividades productivas.

Así, a manera de ejemplo, Quintana cita el caso de MCI Communications Corp. Vs AT & T, en el cual se definieron los cuatro elementos fundamentales de las facilidades esenciales:

- a) El control de un recurso esencial por parte del monopolista.
- b) La imposibilidad práctica o razonable de un competidor de duplicar dicho recurso.
- c) La negativa de autorizar el uso de tal recurso por el competidor.
- d) La posibilidad de dar acceso al recurso o la falta de justificaciones comerciales para ofrecerlo.

Ante esta situación, Bullard²⁷ señala que nuevamente vemos como aparece el «*dilema de la competitividad*» o la «*paradoja antimonopolio*». Forzar a compartir un recurso esencial puede incentivar competencia. Pero también puede generar incentivos malévolos en cuanto, al forzar compartir la inversión de una empresa con su competidor, reduce los incentivos para que este tipo de inversión se dé. Por ello, solamente los casos en los que resulte muy claro el efecto anticompetitivo deben ser considerados ilegales.

b) Los Convenios de Exclusividad

Sobre este supuesto, Bullard²⁸ señala que de ordinario es también difícil encontrar casos en que los convenios de exclusividad deban ser sancionados. Se habla de convenio de exclusividad cuando un proveedor con posición de dominio celebra convenios con los distribuidores de sus productos para que no pueda vender ningún producto de otro competidor. Los convenios de exclusividad dificultan la entrada de competidores precisamente porque obligan a éstos a desarrollar sus propias cadenas de distribución para poder acceder al mercado, con los costos consiguientes.

6. Las Marcas Colectivas

En materia de propiedad industrial, el Perú se rige por normas de carácter comunitario y normas internas emitidas en ejercicio de *su ius imperium*.

La Comunidad Andina de Naciones, bloque de integración económica y social conformado por Bolivia, Colombia, Ecuador, Venezuela y Perú, tiene como objetivo promover el desarrollo económico de los países miembros, mediante la integración y cooperación económica y social. En virtud de la voluntad de los Estados que la confor-

man se crea una suerte de poder autónomo supranacional que debe gozar de aplicación directa y preeminente entre ellos. Por esta razón, las normas comunitarias no requieren de procedimientos de recepción en el ordenamiento interno de los países miembros para surtir efectos. Ellas son de inmediato cumplimiento. La preeminencia se refiere a la prevalencia del Derecho Comunitario respecto de su aplicación sobre normas nacionales o internas. Así, de presentarse un conflicto entre las normas comunitarias y las normas internas de los países miembros, se preferirá siempre la aplicación de las primeras. La Comunidad Andina expresa su voluntad a través de «*decisiones*», las mismas que gozan de aplicación directa en los Estados miembros. En materia de Propiedad Industrial, la Decisión 486 es la norma actualmente vigente²⁹.

En el ordenamiento interno, en el Perú, rige el Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial, norma que en ningún caso podrá contravenir lo dispuesto por la Decisión 486, la cual como se ha señalado anteriormente, obliga a todos los países integrantes de la Comunidad Andina.

Ahora bien, el Decreto Legislativo N° 823 define, en su artículo 128°, el concepto de marca en los siguientes términos:

«*Se entiende por marca todo signo que sirva para diferenciar en el mercado los productos y servicios de una persona de los productos o servicios de otra. Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica, entre ellos los siguientes:*

- a) *Las palabras reales o forjadas o las combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas;*
- b) *Las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos y sonidos;*
- c) *Las letras, los números, la combinación de colores;*
- d) *Las formas tridimensionales entre las que se incluyen las envolturas, los envases, la forma no usual del producto o su presentación; y*
- e) *Cualquier combinación de los signos o medios que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores».*

Tradicionalmente, la doctrina³⁰ ha señalado que las marcas cumplen las siguientes funciones:

- (i) **Función distintiva:** Mediante esta función la marca diferencia un producto de otro o un servicio de otro.
- (ii) **Función identificadora del origen de los bienes y servicios:** Esta función es una consecuencia común, pero no necesaria de la función distintiva de las marcas. A través de las marcas, los consumidores pueden conocer el origen empresarial del bien o servicio ofrecido.

²⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Op. Cit., p. 741.

²⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Estudios de Análisis Económico del Derecho. Lima, Perú: Ara Editores. 1996. pp. 308-309.

²⁹ GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE IUS ET VERITAS. *Estigmas, el misterio de la explotación de los signos distintivos*. En: Ius et Veritas N° 26, p. 369.

³⁰ GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE IUS ET VERITAS. Op. Cit., p. 366-367.

(iii) Función de garantía de calidad: Esta función permite a los consumidores determinar qué marcas corresponde a los productos de mejor calidad y cuáles a los de peor calidad.

(iv) Función publicitaria: Esta función tiene varias facetas relacionadas con cada una de las marcas. La primera de ella corresponde a la función distintiva de la marca, ya que permite acumular información respecto de experiencias propias y de terceros relacionadas con productos o servicios identificados. Una segunda faceta se vincula con la consistencia del signo marcario, entendiéndose sus elementos visuales, la fuerza de atracción o sugestiva que las marcas pueden dar a través, incluso, de frases publicitarias o lemas comerciales. La tercera faceta está vinculada con la información directa y explícita del producto que recibe el consumidor a través de la publicidad.

(v) Función condensadora de Goodwill: Esta función se refiere a la buena fama o reputación de la que gozan los productos o servicios marcados. Desde el punto de vista de los consumidores, implica una preferencia respecto de los productos y servicios en virtud de determinadas experiencias pasadas.

Conforme se aprecia de la definición de marca contenida en el artículo 128° de la Ley de Propiedad Industrial, la marca es considerada como un signo distintivo de los productos o servicios de un agente individual claramente identificado en el mercado. Sin embargo, las marcas no sólo pueden servir para identificar los productos o servicios de una persona individual, sino que también pueden servir para identificar los productos o servicios de un grupo de agentes en el mercado, caso en el que hablamos de las marcas colectivas.

Respecto de las marcas colectivas, el artículo 196° de la Ley de Propiedad Industrial señala lo siguiente:

«Se entenderá por marca colectiva toda marca que sirve para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o de servicios de empresas diferentes que utilizan la marca bajo el control del titular».

Por su parte, el artículo 197° de la Ley de Propiedad Industrial señala lo siguiente:

«Las asociaciones de productores, fabricantes, prestadores de servicios, organizaciones, o grupos de personas, legalmente establecidos, podrán solicitar el registro de marca colectiva para distinguir en el mercado, los productos o servicios de sus integrantes respecto de quienes no formen parte de dichas asociaciones, organizaciones o grupo de personas».

Ahora bien, conforme al artículo 886° del Código Civil, las marcas son bienes muebles. En efecto, el indicado artículo señala lo siguiente:

«Son muebles:

1. *Los vehículos terrestres de cualquier clase.*
2. *Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.*
3. *Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.*
4. *Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.*

5. *Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o derechos personales.*
6. *Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares.*
7. *Las rentas o pensiones de cualquier clase.*
8. *Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.*
9. *Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.*
10. *Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885.»*

El artículo 947° del Código Civil regula la transferencia de propiedad de los bienes muebles. Dicho artículo señala lo siguiente:

«La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente».

Al ser la marca un intangible, resulta bastante difícil imaginar como podría operar la tradición en dicha clase de bienes. Debido a ello, la normativa sobre propiedad industrial regula de una forma especial la transferencia de titularidad de una marca. Para efectos del presente trabajo nos interesa especialmente lo que señala la normativa sobre propiedad industrial respecto de la transferencia de la titularidad de las marcas colectivas.

Sobre el particular, el artículo 199° de la Ley de Propiedad Industrial señala lo siguiente:

«La marca colectiva podrá ser transmitida a terceras personas, siempre y cuando cuente con la autorización de la asociación, organización o grupo de personas, así como con el consentimiento de la oficina nacional competente. En cualquier caso, su uso quedará reservado a los integrantes de la asociación, organización o grupo de personas.»

La marca colectiva no podrá ser objeto de licencia a favor de personas distintas a aquellas autorizadas a usar la marca, de acuerdo con el reglamento de empleo de la misma».

Nótese que, conforme a la norma interna peruana, la transmisión de una marca colectiva de su titular a favor de un tercero no surte efecto mientras la autoridad competente, en este caso la Oficina de Signos Distintivos de INDECOPI, no manifieste, a través de un acto administrativo, su consentimiento a la transferencia realizada. En tanto no se produzca dicha manifestación de consentimiento por parte de la indicada oficina de INDECOPI, el tercero adquirente no es titular de la marca colectiva.

La opción adoptada por el legislador peruano, en lo relativo a la transmisión de las marcas colectivas, resultaba concordante con lo dispuesto en la Decisión 344, la cual en su artículo 126° contenía un precepto idéntico al incorporado en el artículo 199° del Decreto Legislativo N° 823.

Sin embargo, en el año 2000, esto es, con posterioridad a la promulgación del Decreto Legislativo N° 823, la Comunidad Andina aprobó la Decisión 486, la cual en su artículo 183° señala lo siguiente:

«La marca colectiva podrá ser transferida o licenciada de conformidad con lo previsto en las normas internas de la asociación, organización o grupo de personas.

Las transferencias y licencias deberán ser inscritas ante la oficina nacional competente para que surtan efectos frente a terceros».

Aunque usted no lo crea, esta sutil modificación en el articulado relativo a la transferencia de las marcas colectivas ha modificado radicalmente el régimen imperante bajo la Decisión 344 y el Decreto Legislativo N° 823. En efecto, bajo este nuevo régimen ya no es necesario el consentimiento de la Oficina de Signos Distintivos de INDECOPI para que la transferencia se perfeccione, ahora el tercero adquirente se convierte en titular de la marca colectiva por el solo mérito del negocio jurídico celebrado. Ahora el registro tan sólo se convierte en un medio de difusión e información para los terceros, pero de ninguna forma constituye un mecanismo para perfeccionar el acto de transferencia, el cual, como ya hemos señalado, surte efectos inmediatamente.

En consecuencia, en la actualidad los actos de transferencia de las marcas colectivas se rigen por lo dispuesto en el artículo 183° de la Decisión 486, y no por las disposiciones del artículo 199° de la Ley de Propiedad Industrial.

7. Las medidas cautelares en los procedimientos de Libre Competencia

El artículo 21° del Decreto Legislativo N° 701 señala lo siguiente:

«En cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la Comisión de Libre Competencia podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Con tal objeto, la Secretaría Técnica podrá proponer a la Comisión de Libre Competencia la adopción de la medida cautelar que considere, en especial la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere.

La solicitud de medida cautelar se podrá presentar en cualquier estado del procedimiento, aceptándola o desestimándola la Comisión de Libre Competencia en un plazo no mayor de 10 días útiles. La medida cautelar podrá decretarse aun antes de iniciarse un procedimiento de investigación. Sin embargo, dicha medida caducará si no se inicia un proceso de investigación dentro de los quince (15) días útiles siguientes a su notificación.

Si el obligado a cumplir una medida cautelar ordenada por la Comisión de Libre Competencia no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción no menor de 10 ni mayor de 100 UIT, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios señalados en el artículo 23°. La multa que corresponda deberá ser pagada dentro del plazo de cinco días, vencido los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

En caso de persistir el incumplimiento al que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá imponer una nueva multa, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta, hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada. Las multas im-

puestas no impiden a la Comisión imponer otra multa o una sanción distinta al final del procedimiento».

Por su parte, el artículo 226° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, regula lo referente a las medidas cautelares dictada en el marco de un procedimiento administrativo trilateral. El indicado artículo señala lo siguiente:

«Artículo 226°.- Medidas Cautelares

226.1. *En cualquier etapa del procedimiento trilateral, de oficio o a pedido de parte, podrán dictarse las medidas cautelares conforme al artículo 146.*

226.2. *Si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenada por la administración no lo hiciera, se aplicarán las normas sobre ejecución forzosa prevista en los artículos 192 al 200 de esta Ley.*

226.3. *Cabe apelación contra la resolución que dicta una medida cautelar solicitada por alguna de las partes dentro del plazo de tres (3) días contados a partir de la notificación que dicta la medida. Salvo disposición legal o decisión de la autoridad en contrario, la apelación no suspende la ejecución de la medida cautelar.*

La apelación deberá elevarse al superior jerárquico en un plazo máximo de un (1) día, contado desde la fecha de la concesión del recurso respectivo y será resuelta en un plazo de cinco (5) días».

El mencionado artículo 146° de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala lo siguiente:

«Artículo 146°.- Medidas Cautelares:

146.1. *Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisionalmente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.*

146.2. *Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.*

146.3. *Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.*

146.4. *No se podrán dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de imposible reparación a los administrados».*

El Código Procesal Civil también contiene disposiciones relativas a las medidas cautelares. Dichas disposiciones, entre otras, son las siguientes:

«Artículo 608°.- Juez competente, oportunidad y finalidad.- Todo juez puede, a pedido de parte, dictar una medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.»

«Artículo 610°.- Requisitos de la solicitud.- El que pide la medida debe:

- 1- Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;
- 2- Señalar la forma de ésta;
- 3- Indicar, si fuera el caso los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;
- 4- Ofrecer contracautela; y,
- 5- Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.»

«Artículo 611°.- Contenido de la decisión cautelar.- El juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considera verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro en la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal.

La medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. La resolución precisará la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar será debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.»

«Artículo 612°.- Características de la medida.- Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.»

«Artículo 613°.- Contracautela y discrecionalidad del Juez.- La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución (...).»

«Artículo 614°.- Exceptuados de contracautela.- Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades están exceptuados de prestar contracautela. También lo está la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial.»

«Artículo 615°.- Caso especial de procedencia.- Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del artículo 610.»

De la lectura conjunta de las normas anteriormente transcritas, podemos arribar a la conclusión que independientemente de la autoridad ante la cual se esté tramitando un proceso (administrativo o judicial), la persona interesada en que se dicte una medida cautelar deberá acreditar necesariamente ante la autoridad a cargo del proceso lo siguiente:

- (i) La verosimilitud de su derecho, y
- (ii) La necesidad y urgencia del dictado de la medida cautelar solicitada dado que existe peligro en la demora del proceso.

Se discute si la contracautela también debe ser exigida en sede administrativa, en especial en los procedimientos tramitados ante la Comisión de Libre Competencia. Particularmente consideramos que la contracautela no es un requisito exigible en los procedimientos tramitados ante la indicada autoridad. Sustentamos nuestra posición en lo siguiente:

- (i) Las propias disposiciones del Código Procesal Civil establecen que dicho requisito no es determinante, toda vez que en sus artículos 614° y 615° establecen los casos en los que se exceptúa la contracautela, pero no se exceptúa a la parte interesada de acreditar ante el juez la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.
- (ii) El Decreto Legislativo N° 701 y la Ley N° 27444, norma especial y norma general, respectivamente, que rigen el accionar de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, autoridad administrativa, no se pronuncian respecto de la contracautela, omisión que puede ser entendida como la decisión del legislador de exceptuar de dicho requisito a las medidas cautelares en sede administrativa.
- (iii) Los procedimientos tramitados bajo las normas del Código Procesal Civil son procesos privados, es decir procesos en los que los únicos beneficiados o perjudicados son las partes involucradas en los mismos. Por el contrario, si bien los procedimientos de libre competencia pueden ser iniciados a instancia de parte, dichos procesos involucran a toda la comunidad, toda vez que el abuso de una posición monopólica o los acuerdos de prácticas restrictivas nos afectan a todos los consumidores, distorsionando el adecuado funcionamiento del mercado. Debido a esto, es la Comisión de Libre Competencia la que decide si dicta o no una medida cautelar, de oficio o pedido de parte, siendo la autoridad administrativa responsable de su decisión.
- (iv) Conforme al artículo 613° del Código Procesal Civil, la contracautela tiene por finalidad asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que la medida concedida a un particular pueda ocasionarle. Si bien la posibilidad de que la parte afectada con una medida cautelar sufra daños y perjuicios siempre está presente, el artículo 614° del propio Código Procesal Civil establece que cuando es el Estado quien solicita una medida cautelar, está exceptuado de la contracautela. Ciertamente el Estado no actúa con el ánimo con el que actúa normalmente un particular, sino que el Estado actúa en la defensa de sus derechos, que al fin y al cabo son interés de toda la sociedad. En tal sentido, el mencionado artículo 614° del Código Procesal Civil, nos daría a entender que cuando lo que se discute en un proceso es de relevancia para la sociedad en su conjunto, la contracautela no es exigible. De ser ello así, y al tener los procesos de libre competencia un innegable sustrato de interés público, toda vez que como hemos señalados se ven afectados todos los consumidores y el mercado como abstracción, no encontramos motivos para que dicha lógica no encuentre vigencia en el ámbito administrativo.

Obviamente, cumplidos los requisitos anteriormente señalados (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), la autoridad encargada de la tramitación del proceso podrá conceder la medida cautelar solicitada. No debe dejarse de tener presente que la indica-

da facultad es discrecional, por lo que la autoridad solamente la concederá cuando estime que es determinante para asegurar el cumplimiento de su decisión definitiva. Asimismo, debe tenerse presente que lo ordenado por la autoridad competente como medida cautelar necesariamente deberá ser física y jurídicamente posible. Así, por ejemplo, en el ámbito concursal, la Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI, no podría dictar como medida cautelar la no realización de una Junta de Acreedores que ya se llevó a cabo con anterioridad a dicho pronunciamiento.

8. La Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC

Conforme se señaló en el acápite III del presente artículo, mediante escrito del 8 de enero de 2004, Ambev Perú solicitó a la Comisión de Libre Competencia dictar las siguientes medidas cautelares:

- (i) Que se ordene al Comité, a las empresas denunciadas que lo integran, a la Confederación y a la Oficina de Signos Distintivos de INDECOPI, la cesación de cualquier acto destinado a transferir las marcas colectivas de titularidad del Comité.
- (ii) Que se imponga a todos los denunciados condiciones determinadas y las reglas de conducta que la Comisión considere adecuadas para que Ambev Perú obtenga diez mil (10 000) botellas nuevas de color ámbar de 620 ml. identificadas con las marcas colectivas, ello a fin de determinar las dimensiones y ajustes de sus equipos y poder dar inicio a las pruebas de producción respectivas.

Posteriormente, el 28 de enero de 2004, Ambev Perú amplió su solicitud de medida cautelar, aclarando que el primer punto de su pedido cautelar original no se encuentra dirigido sólo a evitar la transferencia de las marcas colectivas a favor de la Confederación, sino que comprendía la transferencia a favor de cualquier otra entidad o persona, sin importar la modalidad bajo la cual se realice. Adicionalmente, Ambev Perú solicitó se dicten las siguientes medidas cautelares:

- (i) La cesación de cualquier acción orientada a que se perfeccione jurídicamente la transferencia de las marcas colectivas sobre las cuales se sustenta el SIE;
- (ii) La cesación de cualquier acción orientada a la modificación del Reglamento de uso de las marcas colectivas, que impida, directa o indirectamente, que Ambev Perú tenga acceso a dichas marcas colectivas;
- (iii) La cesación de cualquier acción orientada a la modificación de los requisitos de ingreso al Comité que impida, directa o indirectamente, que Ambev Perú sea incorporado al mismo y que tenga acceso al uso de las marcas colectivas; y
- (iv) La cesación de cualquier acción orientada, directa o indirectamente, a evitar que Ambev tenga acceso al uso de las marcas colectivas de titularidad del Comité.

Mediante Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC del 10 de marzo de 2004, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI resolvió lo siguiente:

«Primero: Admitir a trámite la denuncia presentada por la Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C por las conductas que se mencionan a continuación supuestamente realizadas por las personas jurídicas que se señalan seguidamente, las cuales serían susceptibles de ser sancionadas conforme a lo previsto en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701:

a) *Contra las empresas Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston S.A.A., Compañía Cervecería del Sur S.A.A., Cervecería San Juan S.A.A. y Maltería Lima S.A., el Comité de Fabricantes de Cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias, la Confederación de Titulares de Marcas Cerveceras Peruanas y la Sociedad Nacional de Industrias, por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de acceso al sistema de intercambiabilidad de envases, tipificado en el primer párrafo del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 y, que podría ser entendido a su vez como:*

a.1) Un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de imposición de barreras estratégicas de acceso al mercado, tipificado en el literal f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.

a.2) Un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, tipificado en el literal a) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.

b) *Contra las empresas Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston S.A.A., Compañía Cervecería del Sur S.A.A. y Cervecería San Juan S.A.A. por abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos verticales de venta exclusiva, tipificado en el literal f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.*

Segundo: Otorgar en parte la medida cautelar solicitada por la Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. y, en consecuencia, disponer que desde la fecha de notificación de la presente resolución y hasta el momento en que esta medida cautelar quede sin efecto, la Sociedad Nacional de Industrias y el Comité de Fabricantes de Cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

a) *No transferir las Marcas Colectivas inscritas en la Oficina de Signos Distintivos del Indecopi bajo los certificados números 003 (marca colectiva constituida por la figura de un triángulo equilátero con las letras CFC, las ramas de cebada entrelazadas y la figura de la flor de lúpulo para distinguir cervezas, aguas minerales, gaseosas y otras bebidas no alcohólicas y demás productos de la Clase N° 32 de la Nomenclatura Oficial) y 007 (marca colectiva constituida por la figura de un triángulo equilátero con las letras CFC, las ramas de cebada entrelazadas y la figura de la flor de lúpulo para distinguir envases de cristal o vidrio de la Clase N° 21 de la Nomenclatura Oficial) a la Confederación de Titulares de Marcas Cerveceras Peruanas o a cualquier otra persona, entidad o institución.*

b) *No modificar los Estatutos del Comité de Fabricantes de Cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias.*

c) *No modificar el Reglamento General de uso de Marcas Colectivas de Productos del Comité de Fabricantes de Cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias.*

Tercero: Respecto de los demás extremos de la solicitud cautelar planteada por Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C., postergar el pronunciamiento hasta después de evaluar los descargos de las empresas e instituciones denunciadas.

Cuarto: Disponer que la presente resolución sea puesta en conocimiento de la Oficina de Signos Distintivos y de la Gerencia Legal del Indecopi y del Juez del Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima.

Quinto: En atención a la importancia del tema, encargar a la Secretaría Técnica que realice las acciones necesarias para que la presente resolución se publique en la página web del INDECOPÍ.»

Como fundamento de la medida cautelar dictada mediante la indicada resolución, aprobada por tres de los miembros de la Comisión de Libre Competencia³¹, el referido órgano funcional del INDECOPÍ señaló lo siguiente:

a) Sobre la verosimilitud de la denuncia

Al analizar si existían o no indicios de una posición dominante para efectos de admitir a trámite la denuncia presentada por Ambev Perú, la Comisión advirtió que el Grupo Backus detenta una alta participación en el mercado de venta de cerveza (aproximadamente el 98%). Asimismo, la Comisión señaló que este mercado, en principio circunscrito al territorio nacional, se encuentra altamente concentrado, en el que el Grupo Backus detenta un sistema de distribución bastante desarrollado; que su capacidad productiva es significativa; y que los costos de acceso a dicho mercado son bastante altos.

La realidad económica anteriormente señalada brinda indicios más que razonables respecto de la existencia de posición de dominio del Grupo Backus en el mercado cervecero peruano, lo cual dotó de verosimilitud de la existencia de dicha posición a la Comisión.

Respecto de la presunta ilicitud de la práctica denunciada, la Comisión señaló que Ambev Perú ha presentado documentación que acredita que dicha empresa goza de la calidad de miembro industrial de la Sociedad Nacional de Industrias, motivo por el que en principio no resultaría justificado que el Comité y/o el Grupo Backus, utilice como argumentos para denegar el acceso de Ambev Perú al Comité, el cumplimiento de requisitos para acceder a la Sociedad Nacional de Industrias. En efecto, si Ambev Perú ya es miembro de la Sociedad Nacional de Industrias (SNI), carece de sentido que para entrar a un órgano social de la misma, se le exijan requisitos que ya cumplió para asociarse a la SNI.

Al respecto, la Comisión señaló que el Comité había justificado la negativa de ingreso de Ambev Perú basándose en el artículo 4° del estatuto³² de la SNI, sin embargo, de una interpretación literal de

dicha norma se colige que dicha disposición se refiere a aquellos requisitos exigibles para ser considerado como miembro industrial de la SNI más no para formar parte de un comité gremial, que es lo que en realidad le interesa a Ambev Perú.

Asimismo, la Comisión señaló que en principio no resultaría justificado exigir a Ambev Perú el cumplimiento de los requisitos para la conformación de un nuevo Comité; sino que lo que resultaría adecuado es la exigibilidad de requisitos para incorporarse a un Comité ya existente. Para constituir un Comité Gremial el artículo 26° de los estatutos de la SNI exige como mínimo 3 miembros dedicados a la misma actividad y cuya producción en conjunto represente más del 50% de la actividad respectiva³³.

Pese a lo anterior, mediante comunicación del 25 de setiembre de 2003 el Comité había manifestado a Ambev Perú que debía cumplir con lo dispuesto en el artículo 26° del estatuto de la SNI, cuando en realidad el Comité de Fabricantes de Cerveza ya existe y no tiene que constituirse, cuenta con más de tres miembros (aunque pertenecientes al mismo grupo económico) y éstos tiene el 100% de la producción nacional de cerveza. En consecuencia, la Comisión consideró preliminarmente que carecía de sentido que se exigiera a Ambev Perú, como condición para acceder al Comité, que deba cumplir con los requisitos previstos en el artículo 26° del estatuto de la SNI.

Adicionalmente, la Comisión señaló que el único artículo que regula el acceso al Comité es el artículo sexto de los estatutos del Comité, el cual sólo exige el cumplimiento de tres requisitos:

- (i) Pertenecer a la SNI;
- (ii) Presentar su solicitud de admisión; y
- (iii) Obtener pronunciamiento aprobatorio del Directorio del Comité.

Atendiendo a lo anterior, la Comisión señaló que a su criterio los tres requisitos anteriormente señalados deberían ser los únicos que podrían exigirse a Ambev Perú, aunque reconocía que el tercer requisito señalado concede un nivel de discrecionalidad al Comité. Empero, la Comisión señaló que dicho artículo del estatuto del Comité

oficial que se exija para iniciar sus actividades, y que hayan iniciado éstas, deseen incorporarse a la Sociedad y sean aceptadas por la Institución.»

³³ «ESTATUTO DE LA SOCIEDAD NACIONAL DE INDUSTRIAS, Artículo 26°.- Los miembros industriales de la Sociedad que ejerzan la misma industria o actividades afines, pueden constituir su propio Comité Gremial (...). Son requisitos para los Comités Gremiales contar por lo menos con tres miembros dedicados a la misma actividad y cuya producción en conjunto, represente más del 50% de la correspondiente a la actividad respectiva en el país.

Excepcionalmente, se podrán constituir Comités Gremiales, con un mínimo de dos miembros industriales, siempre y cuando, entre las dos empresas, superen el 60% de la actividad correspondiente en el país.

También se podrá constituir Comités Gremiales, con un mínimo de dos miembros, que no alcancen, en conjunto más del 50% de la producción nacional, siempre y cuando una empresa cuya actividad industrial, corresponda al sector del Comité, supere el 40% de la producción nacional y no desee integrar el Comité.

Asimismo, se podrá constituir Comités Gremiales, tomando como base la clasificación de la clase CIIU, cuando existan miembros industriales registrados en la Sociedad, cuya producción en conjunto, exceda el 50% de la correspondiente a la actividad respectiva del país, debiendo mantenerse el requisito de que integren el Comité, por lo menos tres miembros. (...).»

³¹ Conforme se aprecia de la lectura de la resolución materia de comentario, dicho acto administrativo fue aprobado por los señores Martín Reaño Azpicueta, Pablo Montalbetti Solari y Ana Cecilia Mac Lean Martins.

³² «ESTATUTO DE LA SOCIEDAD NACIONAL DE INDUSTRIAS, Artículo 4°.- Podrán ser miembros industriales, las personas naturales o jurídicas, establecidas en el territorio nacional, que sean industriales manufactureros, de acuerdo con la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas - CIIU-, y que posean su respectivo Registro o Constancia

debía ser interpretado conjuntamente con el artículo séptimo de dichos estatutos, el cual señala que no podrán formar parte del Comité o dejarán de serlo las compañías que se encuentren incursas en cualquiera de las siguientes causales: (i) falta de solvencia moral, (ii) incumplimiento de los acuerdos aprobados por el Directorio, (iii) comisión de actos dolosos, (iv) inobservancia de los reglamentos de elaboración de cerveza y malta y/o (v) quiebra o suspensión de pagos.

Debido a lo anteriormente señalado, a la luz de los alegatos de la empresa denunciante y sobre la base de la interpretación de disposiciones estatutarias, la Comisión consideró como verosímil que la negativa del Comité y, por ende, del Grupo Backus, para la incorporación de Ambev Perú a dicho Comité, es injustificada, motivo por el cual dio por cumplido este requisito para conceder la medida cautelar solicitada.

b) Sobre el peligro en la demora

Al respecto, la Comisión señaló que en el momento que dicho colegiado efectuó el análisis de razonabilidad de acceso de Ambev Perú o de cualquier otro agente al SIE, resulta necesario que dicho SIE exista en las mismas condiciones que rigen actualmente. En efecto, para que en el futuro la Comisión pueda llegar a la convicción de que, en términos competitivos, conviene la entrada de Ambev Perú al SIE, resulta necesario que dicho proceso sobreviva en beneficio de la sociedad.

La transferencia de las marcas colectivas, la modificación del estatuto del Comité y la modificación del reglamento de uso de las marcas colectivas de titularidad del Comité, podrían enervar la eficiencia del SIE e, incluso, podrían facilitar su extinción, lo cual sería perjudicial para cualquier agente que desee acceder a dicho sistema.

Asimismo, dada la verosimilitud de la negativa de acceso de Ambev al Comité resultaría injustificada, y que la transferencia de las marcas colectivas anteriormente señaladas podría entorpecer la decisión final de la Comisión, dicho colegiado señaló que consideraba necesario el otorgamiento de la medida cautelar solicitada por Ambev Perú en el extremo referido a que se emita una decisión cautelar con el fin de conservar la situación actual de la titularidad de las marcas colectivas y de las disposiciones del Estatuto del Comité y del Reglamento de uso de las marcas colectivas de titularidad del Comité; ya que con ello se preserva la posibilidad de que, en el futuro, y en el caso de que dicho colegiado considere que esa es la decisión más eficiente para el mercado y que redunde en el bienestar de los consumidores, Ambev Perú cuente con dichas marcas colectivas y participe en el SIE. Nótese que la Comisión de Libre Competencia consideraba que la medida cautelar que estaba dictando era física y jurídicamente posible.

Respecto de la medida cautelar solicitada por Ambev Perú destinada a que se le autorice a fabricar 10 000 botellas de 620 ml de color ámbar, la Comisión señaló que dicho petitorio implicaba un riguroso análisis técnico respecto al procedimiento, etapas y condiciones para la instalación y operatividad de los equipos de Ambev Perú, por lo que a entender de dicho colegiado lo más pertinente era reservar su pronunciamiento para una etapa posterior del procedimiento, luego de que se escuchen los descargos de las empresas e instituciones denunciadas.

Conforme se señaló anteriormente, la Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC fue aprobada por mayoría, habiendo emitido el señor Luis Felipe Arizmendi Echeopar, miembro de la Comisión de Libre Competencia, su voto en discordia en los siguientes términos:

«El miembro de Comisión que suscribe el presente voto en discordia coincide con los fundamentos contenidos en la decisión de la mayoría referidos a la admisión a trámite de la denuncia.

Sin embargo, en lo que concierne a la medida cautelar dictada por la mayoría, este miembro de Comisión la considera innecesaria. Nos explicamos.

El voto en mayoría considera pertinente ordenar que las Marcas Colectivas vinculadas al sistema de intercambiabilidad de envases (SIE) no se transfieran y que el Estatuto del Comité y el Reglamento de Uso de las Marcas Colectivas no se modifiquen, con el fin de evitar que en el futuro el SIE pierda su eficacia o, incluso, quede extinto.

En efecto, podría pensarse que si las Marcas Colectivas se transfieren a la Confederación y los Estatutos de ésta contienen requisitos de admisión imposibles de cumplir por parte de Ambev Perú o de cualquier otra empresa, va a ser imposible que el SIE acoja a otros agentes económicos, lo cual, podría eventualmente, restringir la competencia.

Sin embargo, así las Marcas Colectivas se transfieran a la Confederación, en el supuesto de que la Comisión, al resolver el fondo de la controversia, determine que los beneficios en eficiencias económicas y bienestar a los consumidores son mayores que los posibles costos derivados de comportamientos oportunistas que desincentiven la inversión, y por lo tanto ilegal conducta denunciada, la Comisión cuenta con las atribuciones suficientes para incorporar a Ambev Perú a la Confederación, estableciendo que determinadas cláusulas del Estatuto de ésta no surte efectos frente a la empresa denunciada. Asimismo, de no optar por una opción como la mencionada sino por la que ordene la directa participación de Ambev Perú en el SIE la Comisión cuenta con las facultades necesarias para hacer efectivo su mandato.

En efecto, la agencia de competencia, frente a supuestos anti-competitivos (abuso de posición de dominio o prácticas colusorias) puede establecer en su pronunciamiento final medidas correctivas destinadas a restablecer la competencia en los mercados, tales como ordenar la venta de productos (ante negativas injustificadas de trato), suspender los efectos de contratos (por ejemplo contratos de distribución exclusiva anticompetitivos), dejar sin efecto cláusulas de estatutos de asociaciones (ante la negativa injustificada a sistemas de comercialización), incorporar a agentes a sistemas de distribución o comercialización (ante conductas exclusorias), etc».

9. La Resolución N° 0282-2004/TDC-INDECOPI

Como no resulta difícil imaginar, la Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC, mediante la cual la Comisión de Libre Competencia concedió la medida cautelar anteriormente comentada, fue apelada por el Comité y por Backus.

En su recurso de apelación, presentado el 16 de marzo de 2004, el Comité señaló que la Comisión no había observado adecuada-

mente los requisitos de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora a efectos de otorgar la medida cautelar solicitada. En efecto, el Comité señaló que la Comisión parte de la premisa que dicho órgano de la SNI administra un sistema de intercambiabilidad de envases, cuando en realidad el Comité no administra ni supervisa dicho sistema ni ningún otro sistema de similares características.

Por su parte, Backus señaló en su recurso de apelación, presentado el 16 de marzo de 2004, que la medida cautelar dictada por la Comisión podía ocasionar severos daños a todas las empresas y entidades denunciadas y no sólo a las entidades a las que formalmente va destinada, debido a que al recaer sobre un bien aprovechado económicamente por todos los denunciados que forman parte del grupo económico, restringía injustificadamente los derechos constitucionales de propiedad, libre contratación y libertad de empresa de todos ellos.

De otro lado, Backus señaló que Ambev Perú no había probado la verosimilitud del derecho invocado. A decir de Backus, lo que Ambev Perú pretende es acoplarse parasitariamente a la red de comercialización desarrollada por las empresas del Grupo Backus, aprovechándose de los canales de distribución de ésta y, en particular, del parque de envases existente y de los valiosos intangibles asociados a dicha red. Según Backus, la manera en la que Ambev Perú lograría dicho propósito, sería recurriendo a la figura de un supuesto sistema de intercambiabilidad de envases administrado por el Comité, que convertiría su red de comercialización en una suerte de infraestructura pública de libre acceso convertida en facilidad esencial.

Asimismo, Backus señaló que no existía el denominado SIE, supuestamente administrado por el Comité, y cuestionó que la Comisión hubiera asumido como cierta la existencia de dicho sistema, a pesar de que no obra en el expediente evidencia alguna que acredite su existencia. Según Backus, la Comisión no analizó ni explicó de qué manera el sistema de intercambiabilidad de envases sería viable en un escenario en el cual, de acuerdo con lo señalado por la propia Comisión, existe un solo productor nacional de cerveza, en este caso, el Grupo Backus.

Con relación a la transferencia de las marcas colectivas del Comité a la Confederación, Backus indicó que dicha operación fue realizada con total transparencia, resaltando que las marcas colectivas sí cumplen una clara función distintiva pues garantizan al consumidor un determinado estándar de calidad, resultado del esfuerzo conjunto que, a lo largo de los años, desarrollaron las empresas que hoy conforman el Grupo Backus.

De otro lado, Backus alegó que la Comisión otorgó la medida cautelar sin exigir la presentación de una contracautela adecuada y suficiente. Finalmente, Backus señaló que la medida cautelar dictada por la Comisión constituía un imposible jurídico, puesto que pretendía suspender los efectos de un contrato ejecutado – el contrato de transferencia de las marcas colectivas –, cuyos efectos ya se habían perfeccionado.

Por Resolución N° 0282-2004/TDC-INDECOPI del 2 de julio de 2004, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI revocó la Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC, dejando, en consecuencia, sin efecto la medida cautelar dictada por la Comisión de Libre Competencia.

Como sustento de su decisión, la Sala de Defensa de la Competencia señaló que en la actualidad no es verosímil que exista un sistema de intercambiabilidad de envases, ya que ello significaría que dicho sistema estaría operando entre empresas pertenecientes al mismo grupo económico, en este caso el Grupo Backus. A fin de sustentar lo anterior, la Sala de Defensa de la Competencia señaló que conforme al Diccionario de la Lengua Española, intercambiar implica la existencia de dos o más personas o grupos económicos distintos.

En el presente caso, la acción de intercambiar envases implicaría la existencia de por lo menos dos empresas productoras de cerveza operando en el mercado peruano, requisito que no se presenta en nuestra realidad ya que únicamente el Grupo Backus opera actualmente en el mercado cervecero peruano. Asimismo, la Sala de Defensa de la Competencia señaló que aún en el caso que se asumiera la existencia de sistema de intercambiabilidad de envases, el mismo no estaría operando en la actualidad, puesto que un único grupo económico lo estaría utilizando.

De otro lado, la Sala de Defensa de la Competencia se señaló que aún en el supuesto que dicho órgano funcional asumiera la existencia del SIE y su operación en la actualidad, de la lectura del cuaderno cautelar no se desprendería la existencia de indicios suficientes y razonables que permitan apreciar en la conducta de Backus un ejercicio abusivo de su posición de dominio, destinada a obstaculizar el ingreso y la operación de nuevos entrantes. La Sala señaló que de la información que obraba en el cuaderno cautelar y de las alegaciones de Ambev Perú dirigidas a demostrar la presunta conducta exclusoria de Backus, manifestada en su negativa de uso de la marca colectiva, lo que se aprecia es la conducta de un grupo económico destinada a proteger activos que considera de su propiedad, sin que exista referencia alguna a la necesidad insustituible de utilizar un sistema de intercambiabilidad de envases como condición indispensable de acceso al mercado, aspecto este último que a criterio de la Sala deberá ser objeto del tratamiento principal de la denuncia.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala de Defensa de la Competencia concluyó que Ambev Perú no ha logrado acreditar adecuadamente la verosimilitud de su derecho.

Respecto del peligro en la demora, la Sala de Defensa de la Competencia manifestó su coincidente parecer con el voto en discordia formulado por el señor Arizmendi. En efecto, la Sala señaló que dado que la autoridad de competencia cuenta con facultades suficientes para sancionar cualquier conducta infractora y, de ese modo, revertir cualquier conducta ilegal de las empresas y entidades denunciadas que pudiera detectarse al final del procedimiento administrativo sancionador, la medida cautelar dictada por la Comisión resultaba excesiva e innecesaria.

Finalmente, la Sala de Defensa de la Competencia señaló que en el presente caso Ambev Perú alegó que el dictado de la medida cautelar resultaba necesario a fin de no demorar la ejecución del cronograma de construcción de la fábrica y compra de los equipos necesarios para el inicio de la actividad productiva, pese a lo cual dicha empresa no presentó documento alguno que acreditara su proceso de inversión.

10. Posición Personal

En los acápites precedentes, hemos señalado los hechos que a criterio de Ambev Perú motivaron la denuncia que presentara ante la Comisión de Libre Competencia, así como los fundamentos en los que sustenta dicha denuncia. Asimismo, hemos podido conocer los distintos pronunciamientos emitidos por la autoridad de competencia respecto del pedido de medida cautelar solicitada por Ambev Perú. Cabe señalar que a la fecha de elaboración del presente artículo, la Comisión de Libre Competencia aun no había emitido pronunciamiento sobre el fondo del presente procedimiento administrativo.

Sobre lo señalado en los acápites precedentes, consideramos pertinente hacer los siguientes comentarios:

10.1 Respecto a la medida cautelar

Conforme se ha señalado, la Comisión de Libre Competencia dictó una medida cautelar a pedido de Ambev Perú. Mediante la indicada medida cautelar se ordenó a las personas denunciadas lo siguiente:

- (i) Que no se transfieran las marcas colectivas
- (ii) Que no se modifique el estatuto del Comité, ni se modifique el reglamento de uso de las marcas colectivas.

Respecto de la primera medida, es decir, el mandato por el cual se dispuso la no transferencia de la titularidad de las marcas colectivas, debe tenerse presente que a la fecha en la que la Comisión de Libre Competencia dictó dicha medida cautelar, el Comité ya había celebrado un contrato de transferencia de dichas marcas a favor de la Confederación. Por ello, a nuestro entender, dicho pedido cautelar resultaba jurídicamente imposible, por lo que la autoridad de competencia no debió concederlo.

Al respecto, resulta pertinente destacar que la imposibilidad jurídica de dicha medida cautelar fue denunciada por Backus en su recurso de apelación, pese a lo cual la Sala de Defensa de la Competencia no se pronunció al respecto.

Suponemos que la Sala de Defensa de la Competencia no emitió pronunciamiento sobre la materia indicada, debido que al haber revocado la medida cautelar, supuso innecesario entrar en mayores detalles sobre el particular. Sin embargo, consideramos que hubiera sido conveniente que la Sala de Defensa de la Competencia se pronunciara respecto de la posibilidad jurídica de la indicada medida cautelar, toda vez que tanto la Comisión de Libre Competencia como Ambev Perú la entendieron posible, pese a que a nuestro entender la Decisión 486 no deja mayores dudas al respecto.

Con relación al segundo mandato, esto es la no modificación de los estatutos del Comité y la no modificación del uso de las marcas colectivas, coincidimos con lo señalado por el señor Arizmendi en su voto en discordia, así como lo señalado por la Sala de Defensa de la Competencia.

En efecto, a nuestro entender la autoridad de competencia tiene las facultades necesarias para ordenar las medidas correctivas que estime convenientes en caso determine que se han cometido actos anticompetitivos sancionados por la Ley de Libre Competencia. Estas

facultades se encuentran reconocidas tanto a nivel doctrinario, jurisprudencial y normativo.

En consecuencia, al contar la autoridad de competencia con las referidas facultades correctivas, el derecho de Ambev Perú de acceder al SIE (en caso se determine que tiene tal derecho) no se vería perjudicado por las modificaciones estatutarias y reglamentarias antes señaladas, toda vez que pese a dichas modificaciones la autoridad de competencia podría ordenar que la denunciante goce de tal sistema. De ahí, que al igual que el señor Arizmendi y la Sala de Defensa de la Competencia, consideremos dicha medida cautelar innecesaria.

Un último aspecto que vale la pena destacar respecto de la medida cautelar es el relativo a la contracautela. En efecto, en su recurso de apelación Backus señaló que a su entender la medida cautelar que cuestionaba había sido dictada indebidamente, dado que la Comisión de Libre Competencia no había solicitado a Ambev Perú una contracautela que protegiera a los denunciados de los potenciales daños y perjuicios que pudieran sufrir por la implementación de la medida cautelar ordenada.

Al igual que en lo relativo a la imposibilidad jurídica de la prohibición de la transferencia de las marcas colectivas ordenada por la Comisión, la Sala de Defensa de la Competencia también guardó silencio sobre este tema discutido por Backus. Suponemos que esta omisión de pronunciamiento se debe a razones similares a las que justificaron el no pronunciamiento sobre el tema anteriormente señalado. Al respecto, consideramos que hubiera sido conveniente que la Sala de Defensa de la Competencia se hubiera pronunciado sobre este particular, ello debido a que seguramente en casos futuros se volverá a discutir este tema, con lo que el contar con un pronunciamiento en este proceso hubiera servido para enviar un mensaje a la colectividad sobre el tema de la contracautela, evitando así discusiones bizantinas en casos futuros.

10.2 El concepto de *Single Entity*

En la resolución emitida por la Sala de Defensa de la Competencia, dicha instancia administrativa señala que conforme al diccionario de la lengua española el vocablo *intercambio* implica la existencia de dos agentes. Debido ello, la Sala de Defensa de la Competencia sostiene que no resulta verosímil la existencia de un sistema de intercambiabilidad de envases en el mercado cervecero peruano debido a que en éste sólo actúa el grupo Backus. Así, mediante un argumento estrictamente lingüístico, la Sala de Defensa de la Competencia concluye que Ambev Perú no ha acreditado debidamente la verosimilitud del derecho que invoca.

Si bien en el fondo coincidimos con lo señalado por la Sala de Defensa de la Competencia, consideramos que se pudo haber recurrido a conceptos adicionales a los estrictamente lingüísticos para sospechar en esta instancia inicial de la supuesta existencia del SIE. Utilizo el término *sospecha* dado que la existencia o no del SIE será materia del pronunciamiento final de la autoridad de competencia, no siendo la instancia cautelar la adecuada para lograr certeza sobre la existencia o no de dicho sistema, a lo sumo en sede cautelar se contarán con indicios sobre dicha materia.

Un concepto que nos brinda la doctrina y que pudo haber sido empleado en el presente caso es el de *Single Entity*.

El concepto de *Single Entity* nos señala que no debemos dejarnos engañar por los espejismos que nos hacen ver una serie de personas jurídicas independientes, donde en realidad sólo existe una unidad o grupo económico. Es decir, pese a la pluralidad de personerías jurídicas que pudieran apreciarse en el mercado, debe considerárseles como una sola unidad económica, cuando una de ellas controla la mayoría de las acciones (con derecho a voto) de las otras, lo cual le permite tener un control real sobre estas últimas.

En el presente caso, tanto la empresa denunciante, las empresas y entidades denunciadas, así como la autoridad de competencia han señalado que Backus controla a todas las empresas cerveceras nacionales, toda vez que es titular de la mayoría, por no decir la totalidad, de sus acciones.

En consecuencia, al tratarse de un solo agente económico, no resulta posible exigirle que intercambie, que comparta o que compita consigo mismo.

10.3 Las supuestas infracciones a la Ley de Libre Competencia cometidas por las personas denunciadas

Conforme se ha señalado en el acápite VIII del presente artículo, la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI admitió a trámite la denuncia presentada por Ambev Perú por la presunta comisión de las siguientes infracciones a la Ley de Libre Competencia:

- (i) Abuso de posición de dominio por la imposición de barreras de mercado;
- (ii) Abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato; y
- (iii) Abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos verticales de venta exclusiva.

Conforme se ha señalado en el acápite IV del presente artículo, las barreras de acceso al mercado son una de las principales razones por las que se presentan los monopolios en las economías.

En dicho acápite se señaló que las barreras de acceso tienen diversos orígenes. Así, se citó el ejemplo de las barreras legales (en este supuesto se señaló el caso de las patentes), las de índole económica (en este supuesto se citó el caso de la empresa constructora de aviones de pasajeros), entre otras, las cuales no constituyen barreras que se entienden ilegales. Asimismo, se señaló que lo que realmente preocupa a las legislaciones de Libre Competencia no es la existencia de barreras como las anteriores, que hasta cierto punto pueden ser entendidas como naturales de un mercado, sino aquellas barreras que artificialmente son construidas para impedir a sabiendas el ingreso de un agente al mercado.

Debido a ello, la autoridad de competencia debe ser sumamente cuidadosa cuando analiza un caso de barreras de acceso, debiendo sancionar únicamente cuando tenga la certeza que la barrera denunciada es artificial. De no tener certeza sobre ello, la doctrina recomienda que la agencia de competencia se abstenga de sancionar, toda vez que una medida adoptada sin la certeza debida podría condenar a una empresa eficiente, siendo ello un contrasentido con lo que en principio toda economía busca propiciar: la eficiencia de sus agentes.

Situación similar surge respecto de los denominados contratos de exclusividad. En principio, se presume la validez de dichos acuerdos, debiendo el ingresante incurrir en dichos gastos, es decir, el ingresante debe incurrir en los costos de crear sus propias cadenas de distribución. El problema se suscita cuando se debe determinar si dichos costos corresponden a una «barrera» natural del mercado en cuestión o, si por el contrario, corresponde a una práctica indebida.

Acá nuevamente nos encontramos ante el denominado «dilema de la competitividad». De ahí que en este supuesto la autoridad de competencia deba actuar con suma cautela, y sólo sancionar si la conducta es claramente anticompetitiva.

Respecto de la negativa injustificada a contratar, se debe señalar que sobre este ámbito se ha construido la doctrina de las «Facilidades Esenciales». En virtud de dicha doctrina, si un monopolista es titular de un recurso necesario y vital para la actividad de su competidor, deberá compartir dicho recurso con éste, aun en contra de su voluntad. Para que ello suceda, el denunciante deberá acreditar que el recurso que reclama es vital para su actividad, que sin ese recurso no podrá realizar sus actividades en el mercado. De no acreditarse esto último, se entiende que el monopolista no actuó de forma injustificada al negarse a contratar, debiendo el denunciante obtener por sus propios medios aquello que necesite para desarrollar su actividad, sin poder exigir la colaboración de su competidor que goza de una posición de dominio en el mercado.

Como se puede ver, las conductas ilícitas supuestamente cometidas por las personas denunciadas por Ambev Perú, son supuestos que la doctrina reconoce como sumamente delicados. De ahí que en este proceso, la autoridad de competencia deba actuar con sumo cuidado, y con una precisión envidiada hasta por el mejor cirujano.

Esta misma característica nos hace suponer que el capítulo de «las botellas» en la «Guerra de las Cervezas» aun tendrá varios meses de discusión en sede administrativa en el INDECOPI, antes que esta autoridad emita un pronunciamiento final sobre esta materia. Habrá que esperar entonces algunos meses más para poder conocer el resultado final de esta controversia, y de esa forma, evaluar cuan cercano o cuan lejano estuvo cada uno de nosotros con su predicción sobre el resultado final de esta confrontación.

De ahí que, al estilo de la mejor serie de suspenso, podamos decir que «esta historia continuará.....».

11. A manera de conclusión

Al igual que toda crónica de guerra, el presente artículo ha servido para narrar los acontecimientos de un conflicto a una fecha determinada. En este caso, este artículo ha servido para narrar y comentar la primera batalla librada en la «Guerra de las Cervezas».

Esta guerra no va a acabar en el futuro próximo, aun se desarrollarán muchas peleas hasta llegar a la batalla final. Seguramente en este aún largo recorrido, ambos bandos buscarán utilizar a su favor todos los recursos disponibles.

Pese a ello, no debe olvidarse que al final seremos los consumidores los beneficiados o perjudicados con el resultado de dicha guerra. Por ello, sólo cabe invocar a ambos bandos lo siguiente: ¡Jueguen limpio!