

Carlos A. Patrón^(*)

Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva **Ley de Represión de Conductas Anti-competitivas**^(**)

«AS FREAK LEGISLATION, THE ANTITRUST LAWS STAND ALONE. NOBODY KNOWS WHAT IT IS THEY FORBID».

ISABEL PATERSON

1. Introducción

El 24 de junio de 2008, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁽¹⁾ (la Nueva Ley de Competencia o LRCA), en ejercicio de las facultades legislativas delegadas por el Congreso mediante la Ley 29157 para el dictado de normas relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda. La Nueva Ley de Competencia sustituye el Decreto Legislativo 701 - Ley de Normas contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, vigente desde noviembre de 1993, que fuera la primera legislación en materia de libre competencia promulgada en el Perú.

En el presente artículo, presentamos un comentario de la nueva normativa «sobre el papel», esto es, sin que a la fecha en que ha sido escrito se hayan aun iniciado investigaciones y procedimientos bajo el amparo de la LRCA, ni dictado criterios o precedentes respecto a sus alcances y aplicación. Para los efectos perseguidos, no efectuaremos un análisis exegético del articulado de la Nueva Ley de

(*) El autor agradece los valiosos comentarios del señor David Kuroiwa Honma durante la preparación del presente artículo. Cualquier error, por supuesto, es únicamente atribuible al autor.

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

(1) Publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 25 de junio de 2008.

Competencia, sino simplemente centraremos el debate en torno a los aspectos de la nueva legislación que consideramos más trascendentes y de mayor relevancia práctica.

El trabajo está dividido en cuatro secciones. En la primera parte, reseñamos los cambios legislativos que creemos pueden ser considerados como los más acertados -aciertos que, por supuesto, siempre pueden ser debatibles y, en algún grado, relativos-, así como sus motivaciones aparentes. En la segunda parte, discutimos las medidas contenidas en la Nueva Ley de Competencia que pueden conceptualizarse como avances y, sobre todo como retrocesos, en el camino de la corriente internacional por una mayor convergencia en las políticas de competencia transfronterizas. En la sección tres, explicamos lo que, a nuestro entender, es el mayor desatino de la LRCA, y los riesgos institucionales que de este pueden resultar. Concluimos con una breve reflexión en torno a si resultaba o no necesario la dación de la normativa comentada.

2. Los aciertos: son pocos pero son

No negamos que la Nueva Ley de Competencia contiene disposiciones acertadas. Estas, sin embargo, creemos son cuantitativamente menos de las postuladas por las autoridades del Indecopi en los pocos canales públicos en los que se expuso y debatió este proyecto legislativo antes de su promulgación. Por lo demás, tales aciertos son, por supuesto, debatibles y, en algún grado, relativos.

2.1. La exclusión de las prácticas «explotativas»

En el año 2004, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi interpretó que el Decreto Legislativo 701 le facultaba a sancionar a empresas que ostentaran una posición de dominio en el mercado por incurrir en

prácticas «explotativas», específicamente por imponer a sus clientes «precios abusivos»⁽²⁾ (i.e., cobrar demasiado). Este pronunciamiento resultó ser sumamente controvertido, pues indirectamente permitía al Indecopi «regular» precios cobrados en el mercado⁽³⁾.

En el año 2007, la Comisión de Libre Competencia, apartándose del criterio del Tribunal antes reseñado emitió un precedente de observancia obligatoria señalando que el Decreto Legislativo 701 no le facultaba a sancionar prácticas explotativas, pues ello resultaría inconstitucional y contrario al propio objetivo de la legislación de competencia y a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 757⁽⁴⁾. De este modo, la Comisión de Libre Competencia restringió la aplicación de la normativa de competencia a la sanción de las llamadas prácticas «exclusorias», esto es, aquellas dirigidas a excluir o desplazar por medios ilegítimos la competencia.

¿Cuál es el origen de estas categorías antagónicas?

Ciertamente, el concepto de «prácticas explotativas» es ajeno a la tradición del derecho *antitrust* norteamericano. Como se desprende de la revisión de los diarios de debates del *Sherman Act*, esta ley fue en su génesis una especie de reacción política ante la concentración de poder económico

(2) Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI, 4 de junio de 2004, *Central Unitaria de Trabajadores del Perú y otros v. AFP Horizonte y otros*.

(3) Para comentarios críticos, véase, por ejemplo, DIEZ CANSECO NUÑEZ, Luis José y Enrique PASQUEL RODRIGUEZ. *El excesivo precio de una resolución impredecible. A propósito del caso de las AFP*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10, Número 71, agosto 2004; GAGLIUFFI PIERECECHI, Ivo S. *Derecho de la Competencia. Acerca del reciente criterio del INDECOPI sobre precios excesivos*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10, Número 71, agosto 2004.

(4) Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC, 14 de septiembre de 2007, *Agencias de Turismo del Cusco v. Consettur Machupicchu S.A.C.*

Carlos A. Patrón

en cabeza de los barones industriales del siglo XIX, quienes habían concentrado sus actividades por medio de *trusts* o fideicomisos, centrando su atención en los actos dirigidos a prevenir la competencia y a restringir el comercio⁽⁵⁾. En realidad, producto de la tradición liberal del *Common Law*, nunca ha sido propiamente preocupación del derecho *antitrust* norteamericano el tema de «cobrar demasiado». En estricto, el *price gouging*, como peyorativamente se le llama a la especulación, solo suele ser visto como una felonía durante emergencias civiles, no siendo por lo demás materia del *Sherman Act*, sino de las normas de derecho penal de cada Estado.

Es recién con el *Robinson-Patman Act*, promulgado en 1936 en plena Gran Depresión norteamericana, que se introduce en el derecho *antitrust* norteamericano un elemento de discusión relacionado a los precios cobrados en el mercado. En estricto, el *Robinson-Patman Act* fue promulgado con el propósito -paternalista- de proteger a pequeños comerciantes de tratos «discriminatorios», intentando evitar que los productores les cobrasen más que a las grandes cadenas de *retail* competidoras que podían extraer mejores precios⁽⁶⁾. Más que proteger a los comerciantes contra la posibilidad de que los productores les extraigan demasiadas ganancias, esta normativa persigue, de manera bastante discutible por cierto, prevenir tratos discriminatorios dirigidos a eliminar o dañar a los rivales del propio vendedor (*primary line injury*) o que puedan tener un efecto nocivo sobre la competencia en el mercado secundario (e.g., en el mercado de *retail*), ciertamente una racionalidad más cercana al ámbito de lo «exclusorio» que de lo «explotativo».

En todo caso, el concepto propiamente dicho de «práctica explotativa» como se ha conocido en nuestro medio se lo debemos a la tradición europea, y más precisamente a un par de casos de dudosa reputación, siendo el más notorio el de *United Brands*⁽⁷⁾, un caso de supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios excesivos (i.e., cobrar mucho) y discriminación explotativa (i.e., cobrar

más donde se pueda pagar más) en la que los acusados fueron sancionados por vender plátanos a distintos precios en distintos mercados de la entonces Comunidad Económica Europea (CEE), hoy Unión Europea. En resumidas cuentas, a *United Brands* se le sancionó por hacer aquello que los consumidores racionalmente hacemos todos los días: elegir la mejor oferta. No hay que ser un perito para comprender la irracionalidad de esta decisión, por cierto sumamente criticada por la doctrina más entendida. La única explicación confusamente atendible para este despropósito es que la Corte de Justicia de la entonces CEE, perseguía una finalidad secundaria, ajena a la funciones propias del derecho de la libre competencia, cual era coadyuvar en el proceso de integración de los mercados de la CEE para facilitar la integración económica plena, no permitiendo, por ejemplo, que un alemán se sienta maltratado porque un francés pagaba menos por sus plátanos. Ello, sin embargo, no justifica ni valida esta decisión, ni sirve de sustento para intentar trasladar esta dudosa categoría conceptual al mercado peruano.

La Nueva Ley de Competencia adopta de manera explícita una postura respecto a la posibilidad de sancionar prácticas explotativas, señalando que únicamente constituye abuso de posición de dominio el utilizar tal posición «para restringir de manera indebida la competencia», pudiendo este consistir solo en «conductas de efecto exclusorio» (artículos 10.1 y 10.2 de la LRCA). Como resultado,

- (5) MORGAN, Thomas D. *Cases and materials on modern Antitrust Law and its origins*. St. Paul: West Publishing, 1994. pp. 22-28.
 (6) ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. Westbury: Foundation Press, 1993. pp. 396 y 397; BORK, Robert H. *The antitrust paradox. A policy at war with itself*. Nueva York: The Free Press, 1993, pp. 382 y 383.
 (7) Court of Justice of the EC. *United Brands Co. and United Brands Continental BV v. Commission of the European Communities*. Case 27/76.

legislativamente han quedado desterradas todas las modalidades de prácticas abusivas explotativas, como la imposición de precios abusivos o la discriminación explotativa. Es más, tratándose de cambios en la tipificación de lo que constituye o no una conducta sancionable, el destierro legislativo de las conductas explotativas se rige por el principio de retroactividad benigna consagrado en el artículo 103 de la Constitución, en el artículo 7 del Código Penal, y en el artículo 230 numeral 5 de la Ley 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG); por lo que, en consecuencia, toda conducta realizada en el pasado que pudiera haber sido calificada como una «explotación» ha dejado de ser punible desde la entrada en vigencia de la LRCA.

La exclusión legislativa de las prácticas explotativas es, sin duda, un paso en el camino correcto, pues cierra una ventana que permitía convertir a la agencia de competencia en un regulador indirecto de precios en el mercado. La experiencia peruana en materia de control de precios por parte de entidades estatales durante la década de los 80 debe resultar argumento suficiente para negar esta posibilidad. No obstante, advertimos que la Nueva Ley de Competencia no ha terminado de colocar todos los candados necesarios, pues aun subsisten espacios para desnaturalizar el rol atribuible a los órganos funcionales del Indecopi encargados de velar por la libre competencia en lo que concierne a la libre formación de precios en el mercado.

2.2. La demarcación del ámbito de la regla *per se* y la regla de la razón

A lo largo de la última década, en nuestro medio, el debate en relación al modelo analítico para juzgar y sancionar carteles de precios en aplicación del Decreto Legislativo 701, ha girado en torno a la adopción de las llamadas regla

de la razón (i.e., la posibilidad de sancionar ciertas prácticas únicamente cuando estas no respondan a motivos atendibles y tengan o puedan tener efectos nocivos en el mercado) y regla *per se* (i.e., la posibilidad de sancionar ciertas prácticas por el solo hecho de su celebración, con independencia de su razonabilidad y sin tomar en cuenta sus potenciales efectos en el mercado).

En efecto, como es conocido, en el año 1997 la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Indecopi dictó dos precedentes de observancia obligatoria estableciendo que, como regla general, los carteles de precios debían juzgarse y sancionarse bajo la regla *per se*⁽⁸⁾. Estos precedentes fueron luego revocados en el 2003 por la propia Sala de Defensa de la Competencia mediante un nuevo precedente de observancia obligatoria que establecía que todas las infracciones a la normativa de competencia se juzgaban bajo la regla de la razón⁽⁹⁾.

Ciertamente, parte de la razón tras los cambios de criterio de los órganos funcionales del Indecopi está sustentada en motivos ideológicos. En la doctrina local y comparada, no es difícil encontrar posiciones tanto a favor como en contra de emplear uno u otro de estos modelos analíticos para juzgar infracciones a la normativa de competencia⁽¹⁰⁾. El propio Decreto Legislativo 701 no adoptaba una

(8) Resolución 206-97-TDC, 13 de agosto de 1997, *Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. v. Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.*; y, Resolución 276-97-TDC, 19 de noviembre de 1997, *Comisión de Libre Competencia v. Asociación Peruana de Avicultura y otros*.

(9) Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI, 16 de junio de 2003, *Comisión de Libre Competencia v. Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros*.

(10) Para contrastar posiciones de autores nacionales, véase, por ejemplo, BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. Lima: Palestra, 2003. pp. 753-757; GAGLIUFFI PIERCECHI,

Carlos A. Patrón

posición explícita al respecto, difiriendo, en todo caso, la determinación de los estándares para juzgar infracciones a las autoridades encargadas de aplicar este marco normativo. Esto último tampoco es extraño, particularmente teniendo en consideración que la postulación originaria de la regla de la razón y de la regla *per se* es también el resultado de un desarrollo jurisprudencial, específicamente de las cortes norteamericanas.

La llamada regla de la razón fue por primera vez postulada para juzgar acuerdos restrictivos entre competidores por el Juez Supremo norteamericano Louis Brandeis en la decisión mayoritaria recaída en *Chicago Board of Trade v. United States*⁽¹¹⁾. El *Sherman Act* norteamericano proscribió en su Sección 1 los contratos, prácticas concertadas o conspiraciones que restrinjan el comercio. Brandeis entendía que esta disposición no podía ser tomada literalmente, dado que todo contrato restringe el comercio. Apartándose de la lectura literal de esta norma, se sostuvo que el criterio para analizar la legalidad o ilegalidad de un acuerdo debía radicar en determinar si este restringía el comercio de manera irrazonable, postulándose la clásica cláusula general para determinar la ilegalidad de una práctica restrictiva: «si la restricción impuesta es tal que solo regula y quizás consecuentemente promueve la competencia o si es tal que puede suprimir o hasta destruir la competencia»⁽¹²⁾.

Pocos años después, apartándose del criterio establecido en *Chicago Board of Trade*, la propia Corte Suprema norteamericana aplicó la regla *per se* para juzgar acuerdos de precios horizontales entre competidores en la decisión recaída en *United States v. Trenton Potteries Co.*⁽¹³⁾. En este caso, las instancias inferiores habían instruido al jurado a hallar responsabilidad si consideraban que se había probado el acuerdo de precios imputado, no debiendo analizar la razonabilidad del precio acordado, la intención

de las partes ni el efecto económico del acuerdo. La Corte Suprema confirmó el fallo por infracción a la Sección 1 del *Sherman Act*, sosteniendo que los carteles de precio son concluyentemente irrazonables dado que la finalidad y resultado de todos los acuerdos de precios es la eliminación de una modalidad de competencia.

«El poder de fijar precios, ya sea que fuera ejercido razonablemente o no, involucra el poder de controlar el mercado y fijar precios arbitrarios e irrazonables. Los precios razonables fijados hoy pueden por medio de los cambios económicos y comerciales convertirse en los precios irrazonables del mañana. Una vez establecido, podrá ser mantenido sin alteración como resultado de la ausencia de competencia asegurada por el acuerdo para establecer un precio razonable al momento de ser fijado. Los acuerdos que crean tal potencial poder deben ser en sí mismos considerados irrazonables o restricciones ilegales sin necesidad de una minuciosa investigación respecto a si un precio en particular es razonable o irrazonable tal como fuera fijado y sin trasladar la carga al gobierno (...) de determinar día a día si ha devenido en irrazonable por la mera variación de las condiciones económicas»⁽¹⁴⁾.

Hasta inicios de los 70, en la jurisprudencia norteamericana se experimentó una marcada expansión del uso de la regla *per se* para juzgar distintos tipos de infracciones a la legislación *antitrust*, más

Ivo S. *Derecho de la Competencia: ¿Cómo debe evaluarse una concertación de precios según la legislación peruana?*
En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 9, Número 60, septiembre de 2003.

(11) U.S. Supreme Court. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

(12) *Ibid.*

(13) U.S. Supreme Court. *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927).

(14) *Ibid.*

allá del ámbito de los acuerdos de precios horizontales o entre competidores (e.g., boicots, reparto de mercados, fijación de precios de reventa, restricciones geográficas o de clientes impuestas a distribuidores, ventas atadas y otras restricciones verticales). La mayor parte de las áreas de aplicación de la regla *per se* han sido duramente criticadas por la doctrina, particularmente por autores vinculados a la llamada Escuela de Chicago, lo que ha llevado progresivamente a una reducción de su ámbito de aplicación. Hoy en día, si bien hay quienes abogan por la eliminación completa de la regla *per se*, mayoritariamente se considera que esta debe ser limitada para juzgar *hard-core cartels* o carteles espacialmente nocivos como lo son los acuerdos horizontales de precios y otros acuerdos horizontales que indirectamente inciden en los precios (e.g., repartos de mercado, cuotas de producción).

La Nueva Ley de Competencia adopta una postura explícita respecto a la aplicación de la regla de la razón y la regla *per se* para juzgar las distintas modalidades de infracciones en ella tipificadas. Así, en la LRCA se distingue entre «prohibiciones absolutas» o sujetas a la regla *per se* (i.e., en las cuales «para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta») y «prohibiciones relativas» o sujetas a la regla de la razón (i.e., en las cuales «para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores») en los artículos 8 y 9 de la LRCA.

Pronunciándose respecto a la aplicación de estos modelos analíticos, la Nueva Ley de Competencia restituye la regla *per se* para cuatro tipos de prácticas restrictivas, a saber, la concertación horizontal de precios, la limitación concertada de la producción entre competidores, el reparto de mercado entre competidores y las licitaciones colusorias (artículo 11.2 de la LRCA). Del mismo modo, de manera explícita, la Nueva Ley de Competencia señala que las restantes infracciones, ya sean prácticas que constituyan abuso de posición de dominio o prácticas restrictivas, horizontales o verticales,

constituyen prohibiciones relativas que han de juzgarse bajo la regla de la razón (artículos 10.4 y 12.4 de la LRCA).

Sin entrar a discutir los méritos o defectos aparentes de la aplicación de la regla *per se* para juzgar infracciones a la normativa de libre competencia, y sin perjuicio que uno pueda o no estar de acuerdo con su aplicación a los casos a los que se ha circunscrito este modelo analítico, la virtud que ha de reconocerse a la Nueva Ley de Competencia es que establece parámetros claros y predecibles, adoptando una postura explícita al respecto, lo cual en un entorno institucional volátil como el experimentado en los últimos años en el Perú, contribuye a una mayor certidumbre jurídica.

2.3. La despenalización

En el derecho comparado, es difícil encontrar sistemas legales de «renombre» en los que las infracciones a las normas que rigen la libre competencia se encuentren totalmente despenalizadas, aunque por lo general la persecución criminal suele ser muy selectiva y encontrarse restringida a casos de prácticas restrictivas manifiestamente lesivas (e.g., concertaciones de precios horizontales, licitaciones colusorias, reparto de mercados).

La penalización de las normas *antitrust* no deja ser controversial y arduamente debatida tanto por razones de eficiencia como de proporcionalidad. No cabe duda que un ejercicio desmedido de la persecución criminal podría potencialmente desincentivar comportamientos empresariales eficientes. Por otro lado, autores de la talla de Mitchell Polinski y Steven Shavell⁽¹⁵⁾, así como

(15) Véase, por ejemplo, POLINSKY, A. Mitchell y Steven M. SHAVELL. *The optimal use of fines and imprisonment*. En: *Journal of Public Economics*. Volumen 24, 1984.

Carlos A. Patrón

Richard Posner⁽¹⁶⁾, han cuestionado la utilidad y proporcionalidad del sistema penal, postulando que es preferente recurrir a sanciones pecuniarias y a las indemnizaciones civiles procurando que estos mecanismos adecuadamente desalienten la comisión de conductas proscritas, particularmente en sistemas legales como el norteamericano en los que las violaciones a la legislación *antitrust* dan lugar a *treble damages* (indemnizaciones por daños punitivos triples).

La Segunda Disposición Complementaria Derogatoria de la Nueva Ley de Competencia ha derogado los artículos 232, 233 y 241 inciso 3) del Código Penal, que criminalizaban el abuso del poder económico, el acaparamiento y la colusión en concursos públicos. Si bien la tipología derogada se encontraba recogida en la legislación penal desde hacía más de una década, su persecución ha sido virtualmente inexistente. Ello, en gran medida, debido a que las reformas introducidas en la legislación de competencia en el año 1996, con motivo de la dación del Decreto Legislativo 807⁽¹⁷⁾, restringían la posibilidad de la Fiscalía Provincial de ejercer la acción penal ante el Poder Judicial por infracción del artículo 232 del Código Penal, si previamente no había recibida una denuncia de parte de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi. Es más, hasta donde conocemos, esta facultad de formular denuncias penales solo fue ejercida en una única oportunidad por el referido órgano funcional del Indecopi en los casi 15 años de vigencia del Decreto Legislativo 701.

La situación descrita en el párrafo precedente cambió a partir del 1 de febrero de 2006, como resultado de la entrada en vigencia progresiva del nuevo Código Procesal Penal aprobado mediante Decreto Legislativo 957, el cual reestableció que el ejercicio de la acción penal por violaciones al artículo 232 del Código Penal era de oficio, no requiriéndose de una denuncia previa de los órganos funcionales del Indecopi.

No es objeto del presente trabajo criticar o cuestionar la labor efectuada por las autoridades fiscales o judiciales peruanas,

pero tampoco resulta difícil vislumbrar que la posibilidad de que estas pudieran conocer de oficio procesos vinculados a normativa tan técnicamente compleja como lo es la legislación de libre competencia, podía potencialmente dar lugar a situaciones y resultados poco deseables.

Desde una perspectiva utilitarista, la decisión de dejar la labor de *deterrence* en manos de las sanciones pecuniarias (i.e., multas) que pueden imponer las autoridades de competencia y en las indemnizaciones civiles por daños y perjuicios que complementariamente puede dictar el Poder Judicial, despenalizando los delitos contra el orden económico vinculados a la legislación de libre competencia, parece un acierto. Ello, claro está, siempre y cuando, el cálculo de las sanciones administrativas a imponerse resulte proporcional al incumplimiento calificado como infracción, el sistema de responsabilidad civil opere razonablemente y las autoridades judiciales estimen correctamente las indemnizaciones a ordenarse. Estos últimos dos supuestos son, claramente, lo más problemáticos en un entorno legal como el peruano.

3. Las divergencias: tan cerca y tan lejos

En un mundo cada día más económicamente integrado, la meta ideal del *convergence* o la convergencia se erige como el Santo Grial del Derecho de la Competencia contemporáneo: el lograr que la legislación comparada y las agencias de competencia internacionales

(16) Véase, por ejemplo, POSNER, Richard. *Optimal sentences for white collar crime*. En: *American Criminal Law Review*. Volumen 17, 1980.

(17) Artículo 19 del Decreto Legislativo 701, modificado por el Decreto Legislativo 807.

converjan en lo sustantivo, sobre la base de un entendimiento común de los objetivos perseguidos y de principios, lineamientos y criterios aplicativos uniformes.

La convergencia no es un ideal antojadizo. Partiendo del entendimiento que el mercado en un mundo globalizado trasciende las fronteras nacionales, se persigue reducir costos de transacción innecesarios, realzando la predictibilidad y seguridad jurídica para los inversionistas, necesarios para promover el crecimiento económico.

En cuanto a la convergencia respecto a la finalidad de las normas de libre competencia, existe cada vez un mayor consenso en que el objetivo perseguido es proteger el proceso competitivo, la competencia en sí, y no a los competidores. En otras palabras, las normas de competencia no deberían reprimir conductas que promueven la eficiencia, aun cuando estas dañen a los competidores rivales. El diseñar normas de competencia para proteger a pequeños comerciantes o preservar estructuras fragmentadas, simplemente socava el correcto funcionamiento del mercado e inhibe o retarda el crecimiento económico.

La convergencia en cuanto a los principios, lineamientos y criterios aplicativos de las normas de competencia no solo demanda cuerpos normativos relativamente homogéneos y de fácil comprensión, basados en criterios económicos sensatos, sino también sistemas administrativos efectivos (e.g., recursos, poderes de investigación y sanciones adecuadas) y administradores que no solo conozcan las normas legales sino que comprendan cómo funcionan los mercados y las implicancias económicas de sus decisiones. Los mercados tienen un formidable sistema inmunológico, una capacidad enorme de corregir sus defectos que muchas veces es subestimada. Por lo mismo, es preferible errar por omisión, interviniendo solo cuando se está seguro que la conducta investigada conlleva un detrimento del bienestar de los consumidores, y no pretender corregir fallas, por vía de la legislación o la acción gubernamental, que pueden ser meras entelequias o nubes pasajeras.

Ciertamente, con anterioridad a la LRCA, el régimen de protección de la libre competencia nacional ya contenía

disposiciones «convergentes», en particular en lo que concernía a facultades de investigación y poderes de sanción que claramente estaban en línea con los más exigentes estándares internacionales. En la Nueva Ley de Competencia encontramos disposiciones que continúan enrumbando las políticas de competencia nacional hacia la anhelada convergencia, como por ejemplo el reconocimiento explícito de que la finalidad u objetivo de estas normas es promover *consumer welfare* o el bienestar de los consumidores (artículo 1 de la LRCA). El tratamiento brindado a los *hard-core cartels* o carteles especialmente nocivos (i.e., los acuerdos horizontales de precio, las licitaciones colusorias, la fijación concertada de cuotas de producción y los repartos de mercado), sometidos ahora a la regla *per se*, puede también conceptualizarse como una medida «convergente».

Sin embargo, la Nueva Ley de Competencia también contiene una serie de disposiciones que podrían entenderse como un paso al costado o un paso para atrás en el camino a la convergencia. Si bien la extensión del presente trabajo no nos permite entrar a analizar con detalle todas las divergencias que pueden ser identificadas en la Nueva Ley de Competencia, a continuación reseñaremos las tres medidas que, a nuestro entender, resultan más problemáticas.

3.1. Los carteles auspiciados por el Estado

La primera parte del artículo 3 de la LRCA persigue, en esencia, dar rango legislativo al llamado «principio de supletoriedad» postulado en reiterados precedentes administrativos (y recientemente materia de una discutible interpretación restrictiva postulada por la Sala de Defensa de la

Carlos A. Patrón

Competencia del Tribunal del Indecopi⁽¹⁸⁾, en virtud al cual la Comisión de Libre Competencia ha considerado en el pasado que esquemas regulatorios específicos pueden tener por efecto desplazar la aplicación puntual de la legislación de libre competencia a un caso en particular, excluyendo tales actuaciones de particulares del «ámbito de aplicación objetivo» de la referida normativa⁽¹⁹⁾.

El resto del texto del artículo 3 de la LRCA señala que «[e]l Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores», en cuyo caso las autoridades de competencia únicamente pueden limitarse a emitir informes evaluativos de los efectos de tales acciones sobre la libre competencia y el bienestar de los consumidores.

De este modo, el artículo 3 *in fine* de la LRCA tiene por efecto excluir del ámbito de aplicación objetivo de la ley las acciones estatales sobre las condiciones de oferta de productos en el mercado. Esta exclusión ya ha sido materia de críticas y controversia⁽²⁰⁾, pues autoriza al Estado -a todo el Estado, incluyendo a todas sus dependencias- a auspiciar y promover, como ha hecho en el pasado, carteles de precios con los agentes de mercado, cuando considere que ello redundará en beneficio para los consumidores.

Nótese que esta exclusión del ámbito de aplicación objetivo de la Nueva Ley de Competencia implica que los particulares o administrados que actúan dando cumplimiento a las acciones promovidas por el Estado «también» se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de, o son inmunes frente a, la normativa general de libre competencia. Y ello es así en tanto que cuando el Estado actúa en ejercicio de sus poderes soberanos, conforme a las

disposiciones legales que lo autorizan, disponiendo modos específicos de actuación para los particulares. La ejecución de tales actividades en cumplimiento de lo ordenado por el Estado no puede acarrear responsabilidad para los administrados. Sostener lo contrario resultaría incoherente, pues colocaría al particular frente a una elección diabólica: si el administrado cumple la orden estatal podría luego verse sancionado por infringir las normas de competencia; mientras que si opta por desacatar la orden estatal para salvar su responsabilidad frente a la posible aplicación de la Nueva Ley de Libre Competencia, podría igualmente terminar siendo pasible de sanciones y gravámenes por parte de la autoridad estatal que desarrolla la acción excluida del ámbito de aplicación de la LRCA.

Por lo demás, debemos hacer hincapié en el hecho de que la exclusión del ámbito de aplicación objetivo de la LRCA de los particulares o administrados que actúan dando cumplimiento a las acciones promovidas por el Estado antes reseñadas se desprende pacíficamente de la lectura sistemática del segundo párrafo del mismo artículo 3, en el cual se dispone que «discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior [aludiendo a las conductas realizadas en el marco de las acciones

(18) Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI, 3 de enero de 2008, *Envasadora Alfa Gas S.A. v. Repsol YPF Comercial del Perú S.A.*

(19) Ver, por ejemplo: Resolución 005-2005-INDECOPI/CLC, 2 de febrero de 2005, *Representaciones Tecnimotors E.I.R.L. v. Empresa Luz del Sur S.A.A.*; Resolución 015-2002-CLC/INDECOPI, 28 de Agosto de 2002, *Practimar Ilo E.I.R.L. v. Empresa Nacional de Puertos S.A.*; Resolución 006-2002-CLC/INDECOPI, 13 de Marzo de 2002, *Paneles Napsa S.A. v. Empresa de Distribución Eléctrica de Lima - Norte S.A.A.*

(20) Por ejemplo, Bullard ha expresado que esta disposición «destruye la cultura de la competencia y constituye una intervención inaceptable del Estado en la economía» BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La Nueva Ley de Competencia: ¿El regreso del Jedi?* En: *Enfoque Derecho*. Año 7, Número 74, julio de 2008, p. 4.

estatales materia de comentario] con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar de los consumidores». Así, en este tipo de casos, al ámbito de actuación de las autoridades de competencia se encuentra legalmente restringido a la emisión, discrecional, de informes evaluativos, hallándose imposibilitadas de iniciar acciones sancionadoras contra los particulares o administrados que realicen las conductas materia de la exclusión postulada.

Nótese, por último, que tratándose de una exclusión del ámbito de aplicación objetivo de la normativa de libre competencia (i.e., una disposición que determina qué conductas son o no lícitas o pasibles de sanción), la disposición comentada se deberá regir por el principio de retroactividad benigna consagrado en el artículo 103 de la Constitución, en el artículo 7 del Código Penal, y en el artículo 230 numeral 5 de la LPAG; por lo que, en consecuencia, toda conducta realizada en el pasado por particulares que pudiera responder a acciones promovidas por el Estado destinadas a contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos ofertados en el mercado, ha dejado de ser punible desde la entrada en vigencia de la LRCA.

3.2. La categoría híbrida de infracción

Pese a sus deficiencias, quizá la mayor virtud del derogado Decreto Legislativo 701 era que había adoptado como modelo la sistemática de los artículos 81 (ex 85) y 82 (ex 86) del Tratado de la Comunidad Europea, lo cual facilitaba su comprensión por parte de inversionistas extranjeros. Estos ya se encontraban familiarizados con las reglas de juego y conocían de antemano lo que se podía o no hacer dentro del marco de respeto a las reglas de la competencia. La Nueva Ley de Competencia, sin embargo, ha abandonado la sistemática del Decreto Legislativo 701. El resultado, como se explicará a continuación, ha sido la creación, creemos inconsciente, de una categoría híbrida de infracción que difícilmente suma a favor de la convergencia de las políticas de competencia.

3.2.1. Antecedentes: El tratamiento de las prácticas restrictivas bajo el Decreto Legislativo 701

La sanción de acuerdos restrictivos o colusorios verticales en el Perú, tradicionalmente, ha sido una materia poco desarrollada. El derogado Decreto Legislativo 701 no sancionaba de manera expresa los acuerdos, decisiones o recomendaciones entre agentes económicos que actuaban en diferentes niveles de la cadena de producción y consumo (e.g., un productor y su distribuidor). Sin embargo, el artículo 6 del Decreto Legislativo 701, siguiendo la sistemática del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, tampoco excluía de manera expresa esta posibilidad, enunciando como práctica restrictiva todos «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», sin distinguir si tales acuerdos o decisiones se producían entre empresas que concurrían en un mercado horizontal o vertical.

Pese a que al artículo 6 del Decreto Legislativo 701 podía ser interpretado para abarcar y sancionar acuerdos restrictivos o colusorios verticales⁽²¹⁾, las autoridades de competencia peruanas históricamente esquivaron adoptar una postura explícita al respecto⁽²²⁾. Particularmente elocuente resulta la actuación de la Comisión de Libre Competencia ante 27 denuncias presentadas en los meses de julio y agosto

(21) Nótese que la base legal para sancionar acuerdos restrictivos verticales en la Comunidad Europea es el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, que precisamente la norma análoga al artículo 6 del derogado Decreto Legislativo 701.

(22) Un caso reciente en que se aborda este tema se desarrolla abajo. Véase nota 30 *infra*.

Carlos A. Patrón

de 2003 por el señor Augusto Pelagio Rivera Ugarte⁽²³⁾, un comerciante detallista, contra igual número de las principales empresas que operaban en el mercado de productos consumo masivo⁽²⁴⁾. El señor Rivera, básicamente, reclamaba en todos los casos que las empresas denunciadas imponían verticalmente, por distintos medios (e.g., en envases y en medios publicitarios), precios de venta finales de sus productos, lo cual perjudicaba a los comercializadores de tales productos pues no podían cobrar un precio superior a los consumidores.

Los casos antes referidos, todos ellos, fueron archivados por la Comisión, quien declaró inadmisibles las denuncias formuladas alegando la falta de pago de derechos de tramitación por el señor Rivera, señalando que el denunciante se había negado a ello, pues consideraba que las denuncias debían ser iniciadas de oficio. Para ello, la Comisión se apoyó en las normas de la LPAG referidas a la subsanación de omisiones formales en denuncia, ignorando por completo las normas de la misma LPAG que disponen que todo procedimiento administrativo sancionador «siempre» es iniciado de oficio⁽²⁵⁾. Redondeando su decisión, la Comisión señaló que el rechazo formal de estas denuncias no inhibía su potestad para iniciar, de manera discrecional, investigaciones de oficio si consideraba que existan indicios razonables que acreditaban la probable existencia de una infracción al Decreto Legislativo 701, cosa que jamás hizo.

De esta forma, la Comisión emitió un doble mensaje soslayado. Al negarse a actuar de oficio, transmitió que la fijación vertical de precios de reventa, aun por empresas líderes en sus respectivos mercados (e.g., Alicorp, Gloria, Tabacalera Nacional) no constituía a su criterio una

infracción a la normativa de libre competencia. Al evitar emitir un pronunciamiento expreso en este sentido, la Comisión revelaba que no estaba aun preparada para desterrar por completo la posibilidad de sancionar acuerdos restrictivos o colusorios verticales.

3.2.2 El tratamiento de los acuerdos restrictivos o colusorios en la LRCA

A primera vista, el artículo 11.1 de la Nueva Ley de Competencia, que viene a hacer las veces del artículo 6 del derogado Decreto Legislativo 701, introduce una innovación importante al restringir el ámbito de extensión de los acuerdos o prácticas restrictivas (denominadas «prácticas colusorias» en la LRCA) a los «acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí». La alusión a «agentes económicos competidores entre sí» tiene por efecto circunscribir la sanción de acuerdos restrictivos o colusorios a acuerdos o recomendaciones ocurridas en mercados horizontales (i.e., entre empresas que operan en un mismo nivel de la cadena de producción y comercialización), excluyendo así la posibilidad de sancionar como restrictivos de la competencia aquellos acuerdos de naturaleza vertical (i.e., ocurridos entre empresas que operan en distintos niveles de la cadena de

(23) Expedientes 006-2003/CLC, 007-2003/CLC, 008-2003-CLC, 009-2003/CLC, 010-2003/CLC, 011-2003/CLC, 012-2003/CLC, 013-2003/CLC, 014-2003/CLC, 015-2003/CLC, 016-2003/CLC, 017-2003/CLC, 018-2003/CLC, 019-2003/CLC, 020-2003/CLC, 021-2003/CLC, 022-2003/CLC, 023-2003/CLC, 024-2003/CLC, 025-2003/CLC, 026-2003/CLC, 027-2003/CLC, 028-2003/CLC, 029-2003/CLC, 030-2003/CLC, 031-2003/CLC y 032-2003/CLC.

(24) Embotelladora Latinoamericana S.A., Bell South del Perú S.A., Laive S.A., Warner Lambert Perú S.A., Confiperú S.A., Kraft Foods Perú S.A., Panificadora Bimbo del Perú S.A., Snacks América Latina S.R.L., Industrias Añafios S.A., Kimberly Clark Perú S.A.C., Tabacalera Nacional S.A.A., Tim Perú S.A.C., Maltería Lima S.A., Productos Favel S.A., Clements Peruana S.A., Snacks América Latina S.A.C., Embotelladora Rivera S.A., Good Foods S.A., Molitalia S.A., Editora El Comercio S.A., Clements Peruana S.A., Corporación José R. Lindley S.A., Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A., Alicorp S.A.A., Luchetti Perú S.A., Gloria S.A. y Telefónica Del Perú S.A.A.

(25) Artículo 235.1 de la LPAG.

producción y comercialización), como sería el caso la imposición de precios de reventa a distribuidores o detallistas por parte de las empresas productoras (el llamado *resale price maintenance*).

Como es sabido, la sanción de los acuerdos restrictivos o colusorios verticales es sumamente criticada por la doctrina más moderna. En simple, el tratar los acuerdos verticales como si fuesen acuerdos entre competidores en el mercado horizontal deviene en un despropósito, dado que los acuerdos entre productores y sus distribuidores, a diferencia de los acuerdos entre dos rivales, suelen siempre tender a generar eficiencias que redundan en beneficios para los consumidores⁽²⁶⁾. Leído de manera aislada, el artículo 11.1 de la LRCA parecería ser una norma de avanzada, que colocaría al derecho de la competencia peruano a la vanguardia del derecho comparado y del movimiento internacional de convergencia, al reconocer plenamente la licitud de todas las formas de acuerdos restrictivos o colusorios verticales.

Cualquier efusión experimentada por el lector como producto de lo explicado hasta el momento rápidamente desvanecerá, cediendo paso a la perplejidad, al repasar lo dispuesto en el artículo 12 de la Nueva Ley de Competencia, denominado «De Las Prácticas Colusorias Verticales». En efecto, a diferencia de lo acontecido con el Decreto Legislativo 701, la LRCA se pronuncia explícitamente y, como veremos a continuación, de manera bastante omnicompreensiva, respecto a la posibilidad de sancionar acuerdos restrictivos o colusorios verticales.

Los acuerdos restrictivos o colusorios verticales son definidos en el artículo 12.1 de la LRCA como «acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización». Conforme a lo señalado en la referida norma, los acuerdos restrictivos o colusorios verticales serán ilegales cuando «tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia». Nótese que en este respecto la norma no distingue si los efectos de estos

acuerdos deben recaer sobre la competencia *inter marca* (i.e., la competencia entre los productos o servicios del productor y sus rivales) o a la competencia *intra marca* (i.e., la competencia entre las marcas del productor involucrado).

En un intento, al parecer, de ser exhaustivo, en el artículo 12.2 de la LRCA, el legislador ha enunciado que podrán constituir «conductas ilícitas verticales» el íntegro de los catálogos tipificados como casos de abuso de posición de dominio y de acuerdos restrictivos o colusorios horizontales en los artículos 10.2 y 11.1 de la Nueva Ley de Competencia, excediéndose, por ende, largamente de los supuestos comúnmente enunciados en el derecho comparado como acuerdos restrictivos o colusorios verticales.

Pese a lo reseñado, de manera algo paradójica y ambivalente, el legislador de la Nueva Ley de Competencia ha restringido el ámbito de sanción de los acuerdos restrictivos o colusorios verticales. Para ello, en el artículo 12.3 de la LRCA se ha dispuesto que la «configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante».

3.2.3 ¿La dominación verticalmente concertada y abusiva?

Las disposiciones del artículo 12 de la LRCA reseñadas en el acápite anterior han engendrado una mutación autóctona: el acuerdo colusorio de naturaleza vertical celebrado con una empresa con posición

(26) Véase, por ejemplo, POSNER, Richard A. *Antitrust Law. An Economic Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976. pp. 147-166; BORK, Robert H. *Op. cit.*; pp. 280-298.

Carlos A. Patrón

de dominio. Para entender lo extraña que resulta esta figura postulada por la LRCA, debemos remontarnos a los conceptos más rudimentarios del derecho de la competencia.

En líneas generales, como es sabido, el abuso de posición de dominio importa una conducta unilateral mientras que los acuerdos restrictivos o colusorios implican un concurso de voluntades de dos o más agentes. Así, la primera categoría conceptual consiste en conductas unilaterales desarrolladas por un agente económico que ostente una posición de dominio para excluir a potenciales competidores y obtener beneficios que no podría bajo una situación de competencia efectiva (e.g., conductas de una empresa dominante para impedir la competencia). Los acuerdos restrictivos o colusorios, en cambio, por lo general, se refieren a acuerdos para limitar o restringir la competencia entre dos o más agentes económicos que concurren en el mercado (e.g., acuerdos para no competir), no siendo de relevancia en este tipo de casos, doctrinalmente al menos, el hecho que uno o varios de los agentes involucrados ostente o no posición de dominio en el mercado. Así, una práctica colusoria o restrictiva, digamos por ejemplo, la concertación de precios entre dos bodegueros vecinos, se encuentra prohibida de la misma manera en que se encuentra prohibida la concertación de precios entre dos instituciones financieras o la concertación de precios entre una empresa dominante y un pequeño rival. Ambas categorías de conductas anticompetitivas están, por lo demás, explícitamente reconocidas en el artículo 61 de la Constitución, en el cual se señala que el Estado combate tanto «toda práctica que (...) limite» la competencia (refiriéndose a los acuerdos restrictivos o colusorios) y «el abuso de posiciones dominantes o monopólicas» (refiriéndose a las prácticas de abuso de posición de dominio).

Ahora bien, los agentes económicos en general pueden desarrollar una variedad de «prácticas comerciales» que tengan incidencia vertical. Tales prácticas podrían conceptualizarse como casos de abuso de posición de dominio o como acuerdos restrictivos o colusorios, atendiendo a las características del agente económico que

las implementa. Así, por ejemplo, si una empresa dominante en el mercado de un insumo se niega a contratar con un productor en el mercado *downstream* que compite con una empresa vinculada a la primera, podríamos conceptualizar tal negativa como una práctica vertical de abuso de posición de dominio. De este ejemplo se desprende que las prácticas de abuso de posición de dominio que pueden conceptualizarse como restricciones «verticales», en un modelo como el peruano actual que se limita a sancionar prácticas exclusorias, persiguen por efecto excluir a los competidores de la empresa dominante o restringir la competencia *inter marca* (i.e., la competencia entre los productos o servicios de la empresa dominante y de sus rivales).

A su vez, por ejemplo, si una empresa que no ostenta posición de dominio le asigna a un distribuidor un área geográfica exclusiva para atender clientes finales, podría en abstracto conceptualizarse esta práctica como colusoria o restrictiva de la competencia. Se trataría de un acuerdo entre agentes económicos dirigido, conforme se señala en el artículo 12.1 de la LRCA, a «restringir, impedir o falsear la libre competencia». Este ejemplo sirve para ilustrar que, en los casos de acuerdos restrictivos o colusorios verticales, la restricción a la competencia debería, teóricamente, operar sobre la competencia *intra marca* (e.g., la competencia entre las marcas del productor involucrado) en el mercado secundario (e.g., en el mercado en que concurre el distribuidor con sus rivales y no en el mercado en que concurre el productor con sus rivales). Sostener lo contrario sería sistemáticamente incoherente⁽²⁷⁾, pues colisionaría con la

(27) Como explica Marcial Rubio, «el Derecho hacia fuera, es un gran universo de principio y normas jurídicas que tienen una estructura general y funciona con ciertas reglas de sistema, (...) y hacia dentro es un universo que se va conformando

figura del abuso de posición de dominio al permitirse indirectamente sancionar prácticas comerciales de incidencia vertical que solo tuviesen por efecto potencial restringir la competencia entre marcas rivales en el mercado primario (e.g., un acuerdo de distribución que impide la venta de productos rivales, pero que no tiene incidencia sobre la competencia *intra marca*⁽²⁸⁾) con prescindencia de si el competidor beneficiado ostenta o no posición de dominio en dicho mercado.

Hechas estas precisiones, cabe preguntarse qué ha querido el legislador de la Nueva Ley de Competencia al invocar ambas figuras conceptuales en el artículo 12 de la LRCA - es decir, al tipificar, por un lado, de manera expresa, los acuerdos restrictivos o colusorios verticales como infracciones a la competencia y, por otro lado, disponer que para ser ilícitas se requiere que al menos una de las partes involucradas en la «colusión» ostente, de manera previa, una posición de dominio.

La explicación más sencilla es que el legislador ha partido de asumir que los acuerdos entre productores y distribuidores que potencialmente restringen la competencia *intra marca*, no son perjudiciales cuando los celebran empresas que no tienen posición de dominio, mas sí

podrían serlo cuando una de las partes ostenta tal posición, por lo que el artículo 12 de la LRCA solo perseguiría prohibir los acuerdos restrictivos o colusorios verticales en el segundo caso. Si ello fuera así, tendríamos que concluir que la premisa de la que ha partido el legislador es en un 50% correcta y la norma en cuestión 100% discriminatoria.

Ya hemos mencionado que los acuerdos entre productores y sus distribuidores, a diferencia de los acuerdos entre dos rivales, suelen siempre tender a generar eficiencias que redundan en beneficios para los consumidores⁽²⁹⁾, premisa que sería compartida por el legislador de la LRCA, al menos en el caso de acuerdos verticales celebrados entre empresas que no ostenten una posición de dominio. No existe, sin embargo, razón alguna para suponer que ello no sería también así cuando el productor o el distribuidor ostenten una posición de dominio o incluso, en el extremo, se trate de un monopolio.

en conjuntos, sub-conjuntos y grupos, hasta llegar a las unidades normativas más elementales: las normas jurídicas individualmente consideradas». (RUBIO, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001. p. 251). El mismo autor explica que «[l]a normatividad sistémica del ordenamiento jurídico, consiste en considerar al Derecho como un sistema y a este como un conjunto de partes interrelacionadas y que rigen su relación por principios comunes (...) [e]n el Derecho como sistema las diversas normas son consonantes entre sí y trabajan armónicamente». (RUBIO, Marcial. *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. p. 111).

Partiendo de reconocer que el ordenamiento jurídico es una unidad armónicamente ordenada, el Tribunal Constitucional ha establecido que el ordenamiento tiene vocación de coherencia, lo que exige que las normas que lo conformen guarden una relación de compatibilidad entre sí. El principio de coherencia normativa, conforme ha sido enunciado por el Tribunal Constitucional «alude a la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica, lógica, etc., entre los deberes y derechos asignados; amén de las competencias y responsabilidades establecidas que derivan del plano genérico de las normas de un orden constitucional» (Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006, emitida en el Expediente 047-2004-AI/TC sobre Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Gobierno Regional de San Martín contra la Ley 27971).

De lo anterior, se desprende que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas debe realizarse de manera sistemática, respetando estrictamente el principio de coherencia, salvando las contradicciones aparentes entre las normas atendiendo a la relación lógica las mismas.

(28) Claro está, puede haber casos de restricciones verticales que puedan potencialmente afectar tanto la competencia *intra marca* como la competencia *inter marca*, pero lo relevante, para efectos de distinguir las categorías conceptuales, es la primera afectación.

(29) Véase nota 26 *supra*.

Carlos A. Patrón

Pensemos, por ejemplo, en una empresa monopólica que fija con sus distribuidores precios de reventa de sus productos, de modo que elimina por completo la competencia *intra marca* en el mercado. ¿Cómo se conceptualiza en este caso el perjuicio a la competencia? Podría argumentarse que, al eliminar la competencia *intra marca*, se perjudica a los consumidores que no pueden obtener los productos a menor precio, pero nótese que este reproche es, por naturaleza, más de tipo «explotativo» que «exclusorio». El monopolista que elimina la competencia en la venta de sus productos asegura así poder extraer de los consumidores el íntegro de su ganancia monopólica, pero ello no parecería servirle de herramienta para obstaculizar el ingreso de potenciales rivales y así «excluir» competencia (más bien, fijar precios monopólicos incentiva el ingreso de rivales al mercado). Resulta manifiestamente contradictorio e inconsistente, entonces, sostener que, por un lado la LRCA proscriba -como hemos visto- la posibilidad de sancionar abusos de posición de dominio de efecto «explotativo» (e.g., sancionar el hecho que un monopolista cobre «mucho») pero, a su vez, permite que el mismo caso pueda ser sancionado como ilegal bajo la figura de la colusión vertical.

Alternativamente, podría argumentarse que la colusión vertical permitiría al monopolista fijar un precio predatoriamente bajo, a efectos de desalentar el ingreso al mercado de nuevos rivales (lo que sería, por cierto, un comportamiento poco monopolista). Si ello sucediera, sin embargo, la conducta del monopolista sería susceptible de ser sancionada como un abuso de posición de dominio, por lo que la figura de la restricción o colusión vertical resultaría inútil.

Si partimos de la premisa, como parece haber hecho el legislador, que los acuerdos verticales entre empresas no dominantes que pueden tener efectos *intra marca* no son perjudiciales para la competencia, necesariamente tenemos que concluir que, al prohibir acuerdos restrictivos o colusorios verticales de esta naturaleza en los que participe una empresa con posición de dominio, el artículo 12 de la LRCA deviene en una norma discriminatoria y, por

ende, inconstitucional. El hecho de que un producto tenga mucha o poca aceptación en el mercado no determina, en sí mismo, que una restricción a la competencia *intra marca* sobre dicho producto pueda ser eficiente o ineficiente, o pueda promover o desalentar el bienestar de los consumidores, por lo que mal puede este hecho servir de justificación para considerar ilegal en un caso un acuerdo vertical sobre dicho producto y en el otro no. Así las cosas, no existen razones objetivas atendibles en función a las circunstancias para tratar de modo distinto los acuerdos verticales que puedan tener efectos sobre la competencia *intra marca* que celebra una empresa con posición de dominio y los acuerdos verticales que celebre una empresa que no ostente dicha posición.

3.2.4. Un precedente confuso

Una decisión (la Resolución) recientemente emitida por la Comisión de Libre Competencia quizá pueda darnos luces respecto a la motivación tras el artículo 12 de la LRCA⁽³⁰⁾. En esta, la Comisión sancionó a dos empresas «no vinculadas», una monopolista de un insumo (la Empresa A) y la otra una empresa fabricante de productos derivados del insumo (la Empresa B), por presuntamente incurrir en prácticas verticales restrictivas de la competencia.

En el caso comentado, las denunciadas celebraron un contrato por medio del cual la Empresa A se obligó a suministrar a la Empresa B el íntegro del insumo que la segunda le requiriera, obligándose además a no suministrar el insumo a empresas que pudieran competir con la

(30) Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC, 22 de febrero de 2008, *Grupo Multipurpose S.R.L y otros v. Quimpac S.A. y otros*. Hacemos notar que, a la fecha en que se escribió el presente artículo, la resolución se encontraba en apelación.

Empresa B en el mercado de productos derivado. En contraprestación, la Empresa B se comprometía al pago de un monto fijo por tonelada de insumo tomada y de un 65% de los beneficios obtenidos por la Empresa B en la distribución del insumo que decidiera no procesar. De esta forma, la Empresa B aseguraría el insumo para sus fines productivos y, a criterio de la Comisión, se posicionaría como un nuevo nivel de comercialización del insumo (e.g., un nuevo eslabón en la cadena de distribución) ubicado entre la Empresa A y las empresas subdistribuidoras que abastecerían el insumo a los competidores de la Empresa B en el mercado de productos derivados.

A primera vista, dos cosas llaman la atención sobre este caso. En primer lugar, ha de notarse que se trataría de una presunta restricción a la competencia *inter marca*, pero no en el mercado *upstream* (i.e., el mercado del insumo) donde la Empresa A, monopolista, ostentaba una posición de dominio sino en el mercado *downstream* (i.e., el mercado de productos derivados) en el cual la Empresa A no concurría. En segundo lugar, el caso se sancionó como un acuerdo restrictivo o colusorio vertical (i.e., como una infracción al artículo 6 del Decreto Legislativo 701) y no como un caso de abuso de posición de dominio (i.e., como una infracción al artículo 5 del Decreto Legislativo 701).

Para conceptualizar el caso comentado como un acuerdo restrictivo o colusorio, la Comisión sostuvo que artículo 6 del Decreto Legislativo 701 no distinguía entre acuerdos horizontales y acuerdos verticales, encontrándose ambas figuras comprendidas en la referida norma. En el segundo tipo de casos, la Comisión señaló que la determinación de la ilicitud de la práctica requería «que al menos una de las dos partes involucradas tenga posición de dominio», apoyándose para ello en directivas emitidas sobre restricciones verticales en la Comunidad Europea que permiten la aplicación del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea (norma análoga sobre acuerdos restrictivos o colusorios) a acuerdos verticales celebrados por una empresa con un alto grado de poder de mercado (pero inferior al nivel de una posición de dominio), en tanto «[l]a mayoría de las restricciones verticales solo pueden

plantear problemas si la competencia intermarca resulta insuficiente». Si bien no es objeto del presente artículo criticar en detalle los fundamentos empleados por la Comisión en la Resolución, lo reseñado en el presente párrafo merece unos comentarios.

En primer lugar, como hemos explicado anteriormente, teóricamente al menos, en los casos de acuerdos restrictivos o colusorios verticales, la restricción a la competencia debe operar principalmente sobre la competencia *intra marca* en el mercado secundario. Utilizar la figura de los acuerdos restrictivos o colusorios verticales celebrados por empresas no dominantes, para sancionar prácticas que tienen por único potencial efecto excluir la competencia *inter marca* serviría para eludir la aplicación de las normas sobre abuso de posición de dominio, lo cual es un despropósito sistemático⁽³¹⁾. Así, imaginemos un acuerdo de distribución exclusivo celebrado por un productor con un detallista, por medio del cual el segundo se compromete a no vender productos rivales del primero. Claramente, en este ejemplo, el acuerdo vertical excluiría la competencia *inter marca* (i.e., la competencia entre los productos que compiten con los del productor involucrado), pero si el productor no ostenta una posición de dominio esta práctica no sería ilegal, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la LRCA o el artículo 5 del Decreto Legislativo 701. En la Resolución, la Comisión da muestras de comprender este riesgo y, por ello, entendemos, postula que para sancionar este tipo de acuerdos restrictivos o colusorios verticales (que tienen efectos sobre la competencia *inter*

(31) Véase nota 27 *supra*.

Carlos A. Patrón

marca) se requiere que una parte ostente una posición de dominio.

Entonces ¿por qué, al verificar que una parte ostentaba posición de dominio⁽³²⁾, la Comisión no resolvió el caso como un supuesto de abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 5 del Decreto Legislativo 701? La Comisión parecería perseguir sancionar a ambas empresas denunciadas, lo cual -asumimos- les resultaba conceptualmente complicado de haber optado por aplicar la cláusula general de abuso de posición de dominio; de ahí que la Comisión habría recurrido a conceptualizar el caso en referencia como un acuerdo colusorio o restrictivo, en el cual ambas empresas habrían infringido la normativa de libre competencia por el hecho de celebrar tal acuerdo.

Por último, el ejemplo de la Comunidad Europea sobre el que se apoya la Comisión es inexacto. Resulta una verdad a medias que en la Comunidad Europea se sancionen bajo el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea los acuerdos restrictivos o colusorios con efectos sobre la competencia *intra marca* (solo) cuando una de las partes ostente una posición de dominio, como insinúa la Comisión en la Resolución comentada. Por el contrario, en estricto, lo que las autoridades europeas han sostenido es que el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea no distingue entre acuerdos restrictivos o colusorios de naturaleza *inter marca* o *intra marca*⁽³³⁾, de lo que derivan qué norma puede resultar de de aplicación a ambos supuestos incluso, y no exclusivamente, cuando ninguna de las partes ostente una posición de dominio. Como el lector podrá percatar, con este criterio, la Comunidad Europea se aparta de la distinción teórica antes esbozada, de lo que deriva que el tratamiento de las prácticas verticales en Europa es mucho más prohibitivo que en otras partes

del mundo, permitiendo sancionar acuerdos verticales que potencialmente puedan restringir la competencia *inter marca* incluso cuando la parte que concurre en dicho mercado no ostenta posición de dominio.

La razón por la que los criterios aplicados a los acuerdos restrictivos o colusorios verticales en la Comunidad Europea resultan ser tanto más prohibitivos yace principalmente en una finalidad auxiliar perseguida por las normas de competencia en la Comunidad Europea: persiguen que el proceso de integración de mercados no se vea impedido por restricciones gubernamentales o privadas de ningún tipo.⁽³⁴⁾ Claramente, se trata de una finalidad que difícilmente corresponde también ser perseguida en el contexto peruano.

Lo que la Comisión esencialmente pretende sostener en la Resolución es que los acuerdos restrictivos o colusorios verticales, por regla general, deben ser lícitos por cuanto promuevan «la eficiencia generando beneficios claramente perceptibles para los consumidores en términos de calidad y/o precios», salvo cuando tales acuerdos involucran a una empresa con posición de dominio, en cuyo caso sus efectos sobre la eficiencia pueden ser negativos afectando la competencia *inter marca* (hacemos notar que el análisis de la Comisión no alude a

(32) Hacemos notar que todo el análisis en torno a la posición de dominio efectuado en la Resolución gira en torno a la Empresa A. En el Informe de la Secretaría Técnica evaluado por la Comisión se sostiene que el acuerdo cuestionado permitió a la Empresa A trasladar su posición de dominio a la Empresa B en el mercado de distribución del insumo (Informe 064-2007-INDECOPI/ST-CLC del 24 de septiembre de 2007). Así las cosas, al sancionar a la Empresa B por celebrar el acuerdo cuestionado, parecería que la Comisión estaría sancionando a un agente por el hecho de adquirir una posición de dominio, lo cual parecería propio de un sistema de persigue controlar estructuras de mercado que mas que de uno, como el peruano, que se centra en controlar las conductas de los agentes que en él concurren.

(33) RITTER, Lennart y otros. *European Competition Law: A practitioner's guide*. 2da edición. La Haya: Kluwer Law International, 2000. p. 215.

(34) *Ibid.* p. 216.

la competencia *intra marca*, de lo cual se desprendería que acuerdos que restrinjan esta no son para ella materia de preocupación). El lector, sin embargo se percatará que el ejemplo de la Comunidad Europea en que se apoya la Comisión no es el más idóneo, dado que en la regla general en la Comunidad Europea es la contraria. En efecto, en atención a los fines secundarios que se desean promover, en la Comunidad Europea se parte de la premisa que todos los acuerdos restrictivos o colusorios verticales, con efectos sobre la competencia *intra marca* o sobre la competencia *inter marca*, son, por regla general perniciosos. Dentro de un contexto prohibitivo como el europeo, los criterios y lineamientos de la Comunidad Europea a los que se refiere la Comisión en la Resolución, en realidad, persiguen brindar más de claridad y predictibilidad, poniendo límites a la posibilidad de sancionar de manera irrestricta acuerdos verticales con efectos sobre la competencia *inter marca*⁽³⁵⁾.

Hechas estas precisiones, y sin entrar a discutir el mérito (o más bien falta de mérito) de la Resolución comentada, lo relevante para nuestros efectos es que esta constituye un precedente inmediato del artículo 12 de la LRCA que puede servir en la tarea de revelar la *ratio legis* de esta norma. Como hemos visto, la Comisión parecería considerar que los acuerdos restrictivos o colusorios verticales solo deberían ser sancionados cuando estos pudieran tener efectos sobre la competencia *inter marca* (más no cuando pudieran tener efectos sobre la competencia *intra marca*). Para poder sancionar tales casos, exige que una de las partes ostente una posición de dominio, lo cual evitaría que la figura de los acuerdos restrictivos o colusorios sea empleada para sancionar acuerdos entre dos o más empresas no dominantes que de otro modo no podrían ser sancionadas bajo las normas de abuso de posición de dominio. Sin embargo, el objetivo deseado por la Comisión parecería ser el poder sancionar a todas las empresas que participen en la práctica considerada ilícita (y no solo a aquellas que ostenten una posición de dominio), de ahí que habría recurrido a conceptualizar el caso en referencia

como un acuerdo colusorio o restrictivo, en el cual todos los partícipes habrían infringido la normativa de libre competencia por el hecho de celebrar tal acuerdo (y no propiamente como un caso de abuso de posición de dominio).

Si lo que se quería con el artículo 12 de la LRCA era poder sancionar a empresas que no ostentan una posición de dominio por participar en acuerdos de naturaleza vertical con empresas dominantes, que beneficien a los primeros al excluir la competencia en el mercado en que participan, la sistemática y redacción de esta norma resultan poco afortunadas. Es claro que este objetivo no se desprende con nitidez del artículo 12 de la Nueva Ley de Competencia, que parecería estar disponiendo la ilegalidad de aquellos acuerdos restrictivos o colusorios que potencialmente restrinjan la competencia *intra marca*, en casos en que una empresa dominante participe en tales acuerdos, que, como hemos visto, constituye una norma discriminatoria e inconstitucional.

3.3. No me ayudes a ayudarme

En el artículo 25 de la Nueva Ley de Competencia, se regula la figura de los compromisos de cese que pueden ofrecer las personas o empresas involucradas en un procedimiento sancionador por infracciones a las normas de libre competencia. Este tipo de compromisos se enmarcan dentro de los llamados programas de *leniency* promovidos por las agencias de competencia internacionales por medio de los cuales se ofrece

(35) Por ejemplo, en las directrices a las que alude la Comisión en la Resolución se señala que «[e]n la evaluación de los casos individuales, la Comisión adoptará un enfoque económico a la hora de aplicar el artículo 81 a las restricciones verticales, lo que limitará el ámbito de aplicación de dicho artículo a aquellas empresas que posean un cierto grado de poder de mercado, en caso de que la competencia intermarca pueda ser insuficiente» (Comunicación de la Comisión - Directrices Relativas a las Restricciones Verticales, Diario Oficial C 291 de 13/10/2000, numeral 102).

Carlos A. Patrón

inmunidad a las personas o empresas que voluntariamente colaboran de manera significativa en la detección, probanza o sanción de conductas que constituyen infracciones sancionables y cesan continuar desarrollando tales conductas.

Por lo general, en el derecho comparado, existe una marcada tendencia desde mediados de la década de los 90 a fomentar y promover políticas de *leniency*, particularmente en casos de restricciones horizontales cuya detección, probanza y sanción puede resultar sumamente costoso, dificultoso y prolongado. En adición a los beneficios derivados de los menores costos (materiales y de oportunidad) para la administración, los programas de *leniency* se erigen como un instrumento efectivo y célere para corregir distorsiones a la competencia.

En el Perú, las políticas de *leniency* como los compromisos de cese y beneficios de arrepentimiento existen desde hace más de una década, pero rara vez han sido efectivamente empleadas, más allá de casos francamente pintorescos⁽³⁶⁾. En gran parte, esto se ha debido a la acción (o inacción) de las propias autoridades nacionales de competencia, quienes han mostrado ser renuentes a promover este tipo de herramientas.

Reflejo de ello, en el año 2005, la Comisión de Libre Competencia del Indecopi emitió lineamientos sobre la posibilidad de acoger compromisos de cese presentados por empresas involucradas en investigaciones⁽³⁷⁾, estableciendo que estos serían aprobados cuando se reunieran los siguientes requisitos:

«(i) Que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el

marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese.

(ii) Que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado (o no cause) una grave afectación al interés económico general. Para tal efecto, se tomará en cuenta los efectos en el bienestar económico, para lo que se considerará el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores.

(iii) Que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores». El lector podrá observar que en el artículo 25.3 de la Nueva Ley de Competencia se reproduce, casi de manera literal, los requisitos antes reseñados. De estos requisitos, el segundo resulta particularmente curioso y revelador. En resumidas cuentas, se exige que para que se acepte un compromiso de cese la conducta imputada no debe haber causado una grave afectación al bienestar de los consumidores, para lo cual se deberá tomar en cuenta, de modo indiciario, una serie de temas técnicos y probatorios propios de una decisión final (artículo 25.3 b de la LRCA).

(36) Véase, por ejemplo, Resolución 001-93-CLC, 15 de julio de 1993, *Comisión de Libre Competencia v. Federación Nacional de Industrias Panificadoras del Perú*; Resolución 006-93-INDECOPI/CLC, 23 de Septiembre de 1993, *Comisión de Libre Competencia v. Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú*; Resolución 002-2000-INDECOPI/CLC, 16 de junio de 2000, *Comisión de Libre Competencia v. Asociación de Mototaxistas de Huanta y otros*.

(37) Resolución 039-2005-INDECOPI/CLC, 11 de julio de 2005, *Comisión de Libre Competencia v. KLM, Compañía Real Holandesa de Aviación - Sucursal en el Perú y otros*.

El lector perspicaz observará que este requisito de «ausencia de una grave afectación» desnaturaliza la figura del compromiso de cese, pues demanda de la administración efectuar un análisis de temas que son propiamente el fondo del asunto discutido, incurriéndose de ese modo en los costos que esta institución precisamente pretende evitar.

Empero, lo que es más preocupante de la consagración legislativa de este requisito es que, con ello, las autoridades de competencia nacional están manifestando que solo desean promover políticas de *leniency* para casos que involucren mototaxistas o panaderos⁽³⁸⁾, que son, contradictoriamente, los casos que normalmente resultarán más fáciles de probar por la falta de sofisticación de los agentes involucrados. Casos de *hard-core cartels* en mercados de consumo masivo, que son los que más deberían preocupar a la Comisión por ser, precisamente, los que potencialmente pueden conllevar mayores perjuicios al bienestar de los consumidores, quedan así excluidos del ámbito de las políticas de *leniency* nacionales, lo cual constituye una divergencia francamente desconcertante.

4. Los desatinos: ¿fortalecimiento o socavamiento de la institucionalidad?

La Ley 29157, en virtud de la cual se delegaron las facultades legislativas que sirvieron para la promulgación de la Nueva Ley de Competencia, autorizó al Poder Ejecutivo para legislar en materia de «fortalecimiento institucional». Irónicamente, uno de los aspectos más duramente criticados en el escaso debate público que se produjo con anterioridad a la dación de la ley comentada, guarda relación con el potencial socavamiento de la institucionalidad del Indecopi, producto de ciertas disposiciones de la LRCA que comentaremos a continuación.

En particular, la Nueva Ley de Competencia ha intentado redefinir el rol de la Secretaría Técnica de la rebautizada

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, la cual pasaría de ser un órgano administrativo de apoyo a ser un ente instructor, con poderes de investigación (artículo 15.3) y facultades «funcionales» propias⁽³⁹⁾ (artículo 15.2). Entre las facultades funcionales más controvertidas otorgadas al Secretario Técnico, se encuentra la de efectuar investigaciones preliminares por su propia iniciativa y la decidir autónomamente el inicio de oficio de procedimientos administrativos sancionadores. Esto, a nuestro entender, resulta particularmente inquietante.

La construcción de instituciones y el desarrollo de capacidades institucionales es, en parte, el resultado del diseño y de la planificación institucional, así como del liderazgo creativo, pero, sobretodo, es producto de los controles y contrapesos instituidos, que persigan el blindaje ante las presiones exógenas (privadas o políticas) brindado la mayor autonomía presupuestaria, técnica y funcional posible para la toma de decisiones. Son estos factores los que, en el tiempo, determinan la consolidación institucional. Sin duda, los procesos institucionales exitosos son naturalmente de largo aliento e imperfectos y se ven siempre afectados producto de las peculiaridades del ambiente político en el que se desarrollan.

La separación de las actividades funcionales y administrativas del Indecopi es, en gran medida, la piedra angular del éxito de la consolidación experimentada por

(38) Véase nota 36 *supra*.

(39) Similar redefinición de funciones ha experimentado la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, conforme a las disposiciones contenidas en la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal aprobada mediante Decreto Legislativo 1044.

Carlos A. Patrón

esta institución⁽⁴⁰⁾, teniendo por principal propósito reducir los espacios para injerencias indebidas en decisiones que deberían ser rigurosamente técnicas. En estricto, la división aludida es una garantía para los administrados frente a los significativos poderes y potestades legislativamente otorgados al Indecopi.

El Secretario Técnico, si bien siempre ha realizado labores que podrían calificarse como «instructivas», nunca fue concebido propiamente como un órgano funcional ni decisorio, sino como un mero enlace administrativo o apoyo de la administración para los reales órganos funcionales (e.g., Comisión y Tribunal). Por ello, históricamente, los Secretarios Técnicos siempre han integrado el área administrativa de la institución y nunca han sido sometidos a los controles e incompatibilidades a los que se encuentran sometidos los Comisionados, Jefes (ahora Directores) de Oficina y Vocales del Indecopi, ni han gozado de protecciones especiales para evitar su remoción arbitraria. Estas diferencias, en cuanto a los procedimientos para su nombramiento y remoción, así como al papel que desempeñan, se han mantenido incluso conforme a las disposiciones contenidas en la nueva Ley de Organización y Funciones del Indecopi (LOF), aprobada mediante Decreto Legislativo 1033 publicado en forma paralela a la Nueva Ley de Competencia.

Así, por ejemplo, nótese que, mientras los Vocales de las Salas del Tribunal del Indecopi son nombrados por el Consejo de Ministros, los Secretarios Técnicos son designados por el Consejo Directivo del Indecopi (artículo 5 de la LOF). Mientras que la LOF expresamente reconoce la autonomía técnica y funcional de las Salas del Tribunal (artículo 12.1 de la LOF), de las Comisiones (artículos 21 y 42.3) y de los Directores (antes Jefes) de Oficina (artículo 40 de la LOF), no otorga autonomía técnica y funcional a las

Secretarías Técnicas. Mientras los Vocales y Comisionados son nombrados por un período de 5 años (artículos 13.3, 22 y 42.4 de la LOF) y los Directores de Oficina por plazo indefinido (artículo 41 de la LOF), la LOF omite cualquier referencia al período de nombramiento de los Secretarios Técnicos. Es más, mientras que los Vocales, por ejemplo, solo pueden ser removidos por falta grave (artículo 13.5 de la LOF), los Secretarios Técnicos parecerían poder ser removidos sin expresión de causa, siendo que la LOF autoriza al Consejo Directivo a crear y desactivar secretarías técnicas cuando lo estime necesario en función a la «carga procesal» al que estén sometidas⁽⁴¹⁾.

Existen muchas otras no tan sutiles diferencias que nos permiten ver que los Secretarios Técnicos a los que la Nueva Ley de Competencia ahora otorga facultades funcionales se encuentran, en los hechos, verticalmente sometidos a los órganos administrativos del Indecopi. Basta señalar que son nombrados por la administración, su régimen económico es fijado como el de cualquier otro personal administrativo de la institución y pueden ser sujetos de sanciones disciplinarias impuestas por los órganos decisorios de su empleador, que no son otros más que los órganos administrativos del Indecopi. La propia LOF, si bien enuncia el régimen de los Secretarios Técnicos en un capítulo dentro del Título V denominado «De Los

(40) Para un análisis crítico en torno al diseño institucional del Indecopi, véase PATRÓN SALINAS, Carlos A. *Building competitive markets in Peru: The case for Indecopi* (M.Sc. thesis, University of Oxford 2001).

(41) En general, la LOF contiene una serie de disposiciones que tienden a concentrar mayor poder en el área administrativa del Indecopi y que permitirían a esta interferir o tener una injerencia indebida en las decisiones a ser adoptadas por los órganos funcionales propiamente dichos de la institución. Uno de los aspectos más notorios y perturbadores es la facultad otorgada al Consejo Directivo de crear y desactivar Salas del Tribunal, permitiendo por esta vía remover Vocales sin mediar falta grave de por medio, recortando el período para el cual fueron nombrados (artículo 13.3 de la LOF).

Órganos Resolutivos», contiene disposiciones que evidencian que, en realidad, las Secretarías Técnicas continúan siendo meros enlaces administrativos o apoyos de la administración, como es el caso del artículo 21 inciso h de la LOF, que dispone que las Comisiones «[c]uentan con una o más Secretarías Técnicas, a través de las cuales reciben el apoyo de los órganos de administración interna del INDECOPI», o el artículo 44.1 de la LOF, que dispone que las Secretarías Técnicas apoyan a las Comisiones coordinando con «los demás órganos de línea y de administración del INDECOPI».

Por ello, creemos que el dotar al Secretario Técnico de atribuciones funcionales, como el decidir autónomamente temas tan delicados y técnicos como el dar inicio de oficio a un procedimiento administrativo sancionador, trastoca esta división y altera el delicado balance de poderes entre las áreas funcionales y administrativas de la institución. Cuando decisiones tan sensibles como estas recaen en un órgano colegiado, como lo es una Comisión del Indecopi, se tiende a garantizar la necesaria mesura, pluralismo y experiencia, un mayor nivel de ponderación en la adopción de tales decisiones y un mayor grado de blindaje técnico y funcional ante las presiones políticas que suelen presentarse en casos de notoria importancia o altamente visibles. Estas garantías difícilmente pueden replicarse cuando este tipo de decisiones recaen exclusivamente en un individuo, por muy bien intencionado y preparado que este sea.

Con esto, no pretendemos de modo alguno poner en duda la probidad y solvencia de los actuales funcionarios administrativos del Indecopi, quienes han venido demostrando independencia e integridad en el desarrollo de sus labores, pero nada garantiza que funcionarios de esta calidad se mantengan en la institución de manera indefinida. Si algo enseña la experiencia pasada es que los cambios de gobierno conllevan cambios en los principales cuadros de instituciones tan trascendentes como el Indecopi, lo cual lamentablemente se ha traducido en un entorno institucional volátil, con variantes grados de tolerancia ante las presiones políticas y marcados cambios de criterios que socavan la certidumbre jurídica. En entornos menos

independientes que el actual, el dotar a las Secretarías Técnicas de potestades funcionales podría conllevar una mayor injerencia del área administrativa en decisiones que corresponden ser exclusivamente adoptadas por instancias técnicas y funcionalmente autónomas (e.g., presionar para que un caso políticamente redituable sea iniciado de oficio o cuando menos se inicie una investigación preliminar a agentes en el mercado), y ello claramente socavaría la solidez institucional.

Una explicación que se ha postulado para esta decisión tan controversial es que persigue así agilizar las investigaciones y el inicio de procedimientos administrativos ante infracciones flagrantes⁽⁴²⁾. Esta supuesta finalidad, sin embargo, no parece ser del todo deseable. En casos tan técnicamente complejos como los que son materia de las normas de libre competencia, la celeridad en la admisión a trámite no es tanto una virtud sino más bien un defecto, siendo que lo que se requiere es profundidad en el análisis y la mayor ponderación posible. En todo caso, creemos que si tal finalidad se consideraba loable, una alternativa más adecuada hubiera sido facultar al Secretario Técnico para que, en casos excepcionales, frente a violaciones manifiestas a las normas de competencia, pudiera decidir el inicio de un procedimiento, pero siempre con cargo a dar cuenta a la Comisión, la cual necesariamente tendría que ratificar la decisión dentro de un plazo determinado sin lo cual la decisión del Secretario Técnico debería caducar de pleno derecho. De esta manera, el balance y la separación entre las áreas administrativas y funciones no se habrían visto tan alterados.

(42) Nótese que este argumento no se condice con las disposiciones de la propia LRCA que prevén un plazo de 45 días hábiles para que el Secretario Técnico decida la admisión a trámite de una denuncia de parte (artículo 20 de la LRCA).

Carlos A. Patrón

5. Reflexión final: ¿Era necesario promulgar una nueva Ley de Competencia?

Las políticas de reforma estructural, en general, dentro de las que se engloban las políticas de competencia, implican una profunda transformación del rol del Estado en las actividades económicas, quien debe pasar de ser protagonista en un modelo proteccionista a supervisor de la actividad privada en un entorno competitivo. Ciertamente, esta transición es lenta, costosa y técnicamente retardadora, toda vez que requiere que Estados institucionalmente débiles con burocracias sistemáticamente endémicas pasen de administrar empresas estatales que han sido manejadas por décadas con escaso control a supervisar y regular sectores industriales completos en entornos competitivos que le son poco familiares.

En líneas generales, el balance de la implementación de reformas estructurales durante los últimos quince años es positivo. Palpablemente, las actitudes y expectativas de los consumidores y empresarios son hoy muy distintas a las que prevalecían a inicios de los 90, siendo que el desarrollo e institucionalización de las políticas de competencia han jugado un papel importante para llegar a este resultado.

Ciertamente, hoy en día, parecería que los consumidores se encuentran mejor informados acerca de sus derechos. Un reflejo de ello, por ejemplo, es la actitud crítica en muchos sectores de la población hacia las empresas privatizadas. Los consumidores hoy esperan y exigen mucho más de las empresas privadas de lo que

esperaban cuando estas se encontraban en manos estatales, pese a que la evidencia empírica confirma que el cambio en las estructuras de propiedad implementado a lo largo de la última década y media ha tenido un impacto positivo y significativo en lo que concierne al rendimiento de las empresas (e.g., mayor eficiencia operativa apoyada en mejoras de productividad) y al bienestar social⁽⁴³⁾ Por otro lado, los empresarios actualmente son mucho más conscientes acerca de las reglas de juego en un modelo, como el actual, basado en la apertura y la competencia. No solo conocen mejor estas reglas, sino que cada vez son más cuidadosos en llevar a cabo prácticas de gobierno acordes y responsables.

Pese a los avances, tareas pendientes hay aun muchas. Sobre todo, resulta indiscutible que requiere trabajarse intensamente en la construcción de instituciones y en el desarrollo de capacidades institucionales, algo que parecería haber sido descuidado por el Indecopi en los últimos años. La pregunta que corresponde hacernos, entonces, es si para el desarrollo y fortalecimiento de capacidades institucionales del Indecopi resultaba necesario la dación de una nueva Ley de Competencia. Desde nuestra perspectiva, la respuesta a esta interrogante es negativa.

Por lo general, no solo refiriéndonos al campo de las políticas de competencia, uno debe ser escéptico y desconfiar de las virtudes de las reformas omnicomprendivas, sobretodo cuando estas no responden fundamentalmente a necesidades estructurales. Lo que comúnmente se observa en los distintos campos de la actividad regulatoria es que cuando no existen razones de carácter estructural de por medio, normalmente, los problemas que se invocan para promover reformas legislativas integrales encuentran sus raíces en los operadores del derecho más que en fallas de índole normativa.

La institucionalización de las políticas de competencia requiere de cierta estabilidad legislativa y predictibilidad. Si bien no ponemos en duda que la normativa existente podía (y debía) ser mejorada, nos resulta igualmente claro que no existía ninguna razón de carácter estructural, ni institucional, que justificara promover una reforma integral a la legislación nacional en materia de libre competencia.

(43) Ver, por ejemplo: PATRÓN, Carlos A. *El perro del hortelano: Definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica*. En: *Themis*. Número 52, 2006. pp. 85 y 86.