

LUZ VERDE PARA EL ESTADO, LUZ ROJA PARA LA COMPETENCIA: CRÍTICA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL *PUBLIC CHOICE* A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL INDECOPI*

Andrés Calderón López**

La regulación de la competencia viene a ser una de las formas en la que más afecta el Derecho al devenir económico de un país. Un régimen de libre competencia asegura la eficiencia del mercado, al presionar a los productores a que ofrezcan un buen producto a precios bajos. Desde el Análisis Económico del Derecho, la legislación relativa a la competencia debe buscar llegar a esta eficiencia, evitando conductas anticompetitivas que acaben afectando los intereses de los consumidores al favorecer a un determinado productor.

La promulgación del Decreto Legislativo 1034, la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, motiva al autor a analizar sus disposiciones, resaltando la tendencia a proteger de manera más eficiente la libre competencia, evitando el otorgamiento de “inmunidades antitrust”. Sin embargo, y a pesar de lo positivo de la nueva legislación, el INDECOPI no ha sido eficiente al momento de sancionar las conductas anticompetitivas, por el contrario se ha “rendido” en la pelea contra este tipo de conductas.

* Dedico el presente trabajo a Alfredo Bullard, profesor y amigo que, con sus enseñanzas, me ayudó a entender que el Derecho puede ser simple, y cuanto más simple, más útil.

** Abogado. Candidato a la Maestría en Derecho por la Universidad de Yale. Becario de la Comisión Fullbright. Profesor de las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda, el Derecho de la Competencia es una de las áreas donde el Análisis Económico del Derecho ha tenido mayor impacto. La utilización de herramientas económicas es el “pan de todos los días” en las agencias de competencia y tribunales encargados de resolver las denuncias de prácticas anticompetitivas. Estas herramientas permiten comprender la dinámica en la que funciona un mercado, delimitar las zonas geográficas y los productos relevantes dentro de dicho mercado, analizar el comportamiento de sus actores, las condiciones que permiten o impiden que alguno de ellos ostente poder de mercado, la racionalidad económica detrás de las prácticas comerciales, los incentivos anticompetitivos o de eficiencia que subyacen a una determinada conducta, así como los previsible efectos que estos producirán en uno o más mercados.

Pero las herramientas del análisis económico, tales como la comprensión de la racionalidad e incentivos económicos de los actores en un mercado, no sólo son útiles para resolver casos concretos. Desde el ámbito normativo o de política pública, estos instrumentos son valiosos para definir algunos aspectos de lo que se incluye en una ley de defensa de la competencia –aunque normalmente una ley de esta naturaleza no será muy extensa en detalles.

En los últimos años, agencias de competencia y estudiosos a nivel mundial han puesto de relevancia la preocupación por la participación del Estado como un posible actor negativo en el proceso competitivo. Ello sucede cuando esta intervención sirve no para promover la competencia, y con ello el bienestar de los consumidores y la sociedad, sino para afectarla, restringirla innecesariamente, generando un considerable impacto negativo en los consumidores, en algunos competidores, y en general la pérdida de eficiencia social.

Valiéndose de herramientas del Análisis Económico del Derecho (AED), incluyendo

los estudios teóricos de *public choice* y varias apreciaciones empíricas, el Derecho de la Competencia a nivel internacional viene preocupándose por las restricciones públicas a la competencia (*public restraints*), y dentro de ellas, especialmente por aquellas que afectan directamente la aplicación de la ley de libre competencia. El término “inmunidades *antitrust*” puede englobar diversas manifestaciones de estas restricciones públicas, y con la finalidad de simplificar su significado, vamos a conceptualizarlas como todas aquellas intervenciones estatales que tienen por efecto que una conducta que normalmente podría ser analizada bajo la ley de libre competencia y eventualmente sancionada por sus efectos anticompetitivos, quede libre de análisis, sanción o compensación (indemnización). Es decir, una inmunidad *antitrust* es una “carta blanca” o un “pase libre” por la acera de la norma de libre competencia.

Las inmunidades *antitrust* son evidentemente perjudiciales para los consumidores puesto que al no aplicarse la norma, se corre el riesgo de que no haya competencia en el mercado, de que los precios de los productos o servicios suban, la calidad y variedad disminuyan, y que ello no se vea suficientemente compensado. Si bien en algún supuesto la competencia podría pasar a un segundo plano por la necesidad de proteger otros intereses para la sociedad, ello no siempre sucede, y de hecho con poca frecuencia –si tomamos en consideración muchos de los estudios comparados–, las inmunidades *antitrust* van a lograr un resultado global positivo¹.

En el Perú, este tema ha tenido relativamente poca importancia tanto en la agencia de competencia cuanto en las investigaciones de estudiosos del Derecho de la Competencia. Efectivamente, en la jurisprudencia local del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) se pueden encontrar escasísimas referencias que revelen una preocupación por los impactos negativos de restricciones públicas a la competencia y son prácticamente inexistentes a nivel judicial. A nivel académico, también son

¹ Ver: COOPER, James y William E. KOVACIC. “U.S Convergence with International Competition Norms: Antitrust Law and Public Restraints on Competition”. En: Boston University Law Review 90. 2010. También ver: SOKOL, Daniel. “Limiting Anticompetitive Government Interventions that Benefit Special Interests”. En: Mason Law Review 17. 2009-2010.

pocos los estudios sobre este tema que, además, normalmente no ha sido el centro de atención de artículos o textos publicados².

Sin embargo, en el año 2008, de manera previa a la promulgación del Decreto Legislativo 1034 –Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (la nueva ley de defensa de la competencia)–, la preocupación por las restricciones públicas sí capturó cierta atención de la agencia de la competencia y de algunas de las personas involucradas en la elaboración del anteproyecto normativo, un grupo de personas que tuvimos el privilegio de integrar y que trabajó en la confección del proyecto de la ley hoy vigente.

Como explicaremos más adelante, algunas de las novedades normativas que trajo el Decreto Legislativo 1034 fue la inclusión de ciertas limitaciones a las restricciones públicas a la competencia, entendiendo el especial efecto perjudicial que estas pueden tener. Nos referimos concretamente a los artículos 2 y 3 de la nueva ley referidos a su ámbito de aplicación, que se ven complementados por el criterio de la primacía de la realidad recogido en el artículo 5 de la nueva ley. De hecho, consideramos que los mencionados representan los principales cambios sustantivos que trajo la nueva normatividad de libre competencia en el Perú. No obstante esta situación, la aplicación práctica de la nueva ley por parte del INDECOPI ha ido en sentido opuesto a los objetivos que perseguía y a la tendencia internacional en el Derecho de la Competencia.

La curiosa pero lamentable situación que vamos a describir es que, a diferencia de lo que ha sucedido en muchos países, en el Perú no hay un conflicto entre entidades estatales que adoptan decisiones en contra de la libre competencia y la propia agencia de defensa de la competencia (INDECOPI). Mientras que en otros países estas agencias empujan hacia una menor intervención estatal en contra de la ley de libre competencia y propugnan la menor cantidad de inmunidades, en el Perú la agencia de libre competencia, en los últimos años, viene aceptando tranquilamente la intervención estatal que impide la aplicación de la ley. Es decir, la agencia no privilegia la aplicación de la ley, retrocede en su labor de defensa de la competencia.

En la primera parte del presente, trabajo revisaremos algunas de las razones conceptuales y prácticas por las que la intervención estatal puede ser preocupante para la defensa de la competencia, y que han motivado una creciente atención en el Derecho de la Competencia a nivel comparado. En la segunda parte, resumiremos los cambios normativos introducidos por el Decreto Legislativo 1034 en lo que respecta a las restricciones públicas a la competencia, resaltando su importancia y haciendo una breve referencia a tendencias similares en el Derecho comparado. En el siguiente capítulo, evaluaremos la aplicación práctica que ha venido realizando la agencia de competencia peruana en una serie de casos que demuestran una dirección contraria a la que propugnaba la ley y la experiencia

² De manera adicional a los trabajos de nuestra autoría citados también en este artículo, podemos destacar los siguientes a nivel local: (i) Sobre la necesidad de controlar las restricciones públicas a la competencia, ver: BULLARD, Alfredo y Alejandro FALLA. "Matrimonio con hijos: sobre el Proyecto de Ley de Competencia". En: Revista de Economía y Derecho. Invierno. Lima. 2006. También: BULLARD, Alfredo y Alejandro FALLA. "El abogado del diablo. El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva". En: *Ius et Veritas* 30. 2005. (ii) En relación con la comisión de conductas anticompetitivas por parte del Estado, ver: GAGLIUFFI, Ivo. "¿Por qué el largo brazo de la ley de libre competencia no alcanza a los políticos y funcionarios públicos?". En: Cuadernos Jurisprudenciales. Libre Competencia 32. Lima. 2004. (iii) Sobre los incentivos perversos de las empresas públicas, ver: FALLA, Alejandro. "Zapatero a tus zapatos". en: *Perú Económico* 3. 2003. También: PATRÓN, Carlos. "El perro del hortelano. Definiendo el Rol Empresarial del Estado en Latinoamérica". En: THÉMIS-Revista de Derecho 52. 2006. Además: RUIZ, Gonzalo, MARTÍNEZ, Martha y Eduardo QUINTANA. "El Carácter Subsidiario de la Actividad Empresarial del Estado desde una perspectiva de Políticas de Competencia". En: *Boletín Latinoamericano de Competencia* 22. 2006. (iv) En relación con el ámbito de aplicación de la ley de libre competencia, ver: CÁCERES, Fernando; CALDERÓN, Andrés y Luis DIEZ CANSECO. "Agencias de Competencia y Organismos Reguladores: Propuestas para una Interacción más Eficiente y Predecible". Programa de Investigación sobre la Competencia para el Desarrollo Económico Internacional. Canadá: Sociedad de Economía y Derecho. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2009; y una versión más resumida en: Cáceres, Fernando. "La Agencia de Competencia frente a las Regulaciones Sectoriales". En: *Revista de Derecho Administrativo* 10. 2011. También ver: GÓMEZ, Hugo. "El ámbito de aplicación objetivo de la reciente Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas". En: *Actualidad Jurídica* 176. 2008. Por último: QUINTANA, Eduardo. "Normas de Competencia en Industrias Reguladas". En: *Revista de Economía y Derecho*. Invierno. 2008.

internacional. Finalmente, concluiremos nuestro estudio con una reflexión sobre los nuevos avances que se debería seguir a nivel internacional para limitar las restricciones públicas a la competencia y los pasos que se deben dar en el ámbito nacional para no retrasarnos (más) en este aspecto.

II. ¿POR QUÉ EL ESTADO QUERRÍA AFECTAR LA COMPETENCIA?

El Estado tiene buenas y malas intenciones para afectar la competencia. Es consciente y muchas veces inconsciente cuando lo hace. Para tratar de explicar mejor los diferentes contextos, nos referiremos sucintamente a cuatro principales razones, la primera de ellas se presenta normalmente cuando el Estado es un agente económico más del mercado, las otras tres normalmente cuando el Estado realiza algún tipo de función regulatoria o ejecutiva.

A. Porque tiene incentivos anticompetitivos para crecer en el mercado

En este caso nos referimos al Estado como un participante más del mercado, esto es, cuando realiza una actividad económica. Normalmente, el Estado se presentará como una empresa pública, pero también habrán otros casos en los que el Estado será el consumidor, el demandante de bienes o servicios, y también habrán supuestos en los que el Estado realizará una actividad económica sin adoptar necesariamente la forma de una empresa pública; esto último se da cuando de facto alguna entidad estatal se dedica a la realización de actividades económicas, como por ejemplo sucedería si un ministerio se dedicara a la confección de uniformes o si una agencia regulatoria se dedicara a la elaboración de materiales didácticos como si fuera una casa editorial.

En todos estos supuestos el Estado se comporta como un agente económico y cuenta también con los incentivos para, eventualmente, implementar alguna práctica anticompetitiva que le garantice una mayor cuota de mercado y la obtención de beneficios.

Ahora bien, estos beneficios no necesariamente serán los mismos de un monopolista privado que busca la obtención de mayores ingresos a menores costos (rentabilidad). En el caso de las empresas estatales (término general que utilizaremos para agrupar a todas las manifestaciones antes expuestas), es verdad que no tienen como única ni principal finalidad la obtención de ganancias como sucede con las empresas privadas.

Muchas veces tienen objetivos de diversa índole (generación de empleo, mayor cobertura en la prestación de bienes y servicios, obligaciones de servicio universal, entre otros), que ocasionan que estos agentes económicos estatales tengan fuertes incentivos para aumentar su producción y su presencia en un mercado aun cuando ello implique una reducción en sus márgenes de ganancias o la pérdida de rentas³. Es decir, tienen incentivos para expandirse y tener más demanda aun cuando eso signifique perder rentabilidad.

Del mismo modo, dado que el éxito de los directores y gerentes de una empresa depende de la consecución de los resultados deseados por los accionistas (empresa), se advierte que la mayor o menor apreciación y recompensa que tendrán los *managers* de una empresa pública, dependerá precisamente del cumplimiento de los objetivos de escala y alcance (expansión) de la empresa, antes que de las utilidades que obtengan⁴.

Considerando que las empresas públicas no responden a una motivación de maximización de rentas, sino principalmente al aumento de su producción y a tener una mayor presencia en el mercado, estos agentes económicos tienen los incentivos para adoptar prácticas anticompetitivas (en su mayoría, de naturaleza predatoria) que perjudicarían a sus competidores privados. En efecto, las empresas públicas podrán soportar pérdidas o reducciones en sus márgenes de ganancia, con la finalidad de lograr una mayor presencia en el mercado. Es decir, las empresas públicas tienen suficientes motivaciones para adoptar estrategias comerciales que busquen desplazar del mercado a sus competidores

³ SAPPINGTON, David y Gregory SIDAK. "Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities". En: GEDDES, Richard. "Competing with the Government: Anti-Competitive Behavior and Public Enterprises". Stanford: Hoover Press. 2004. pp. 1, 5-7.

⁴ *Ibid.* p. 2.

privados. En este contexto, pueden tener un propósito tanto o más anticompetitivo que el de un agente económico privado.

Así, por ejemplo, las empresas públicas pueden vender sus productos o servicios a un precio inferior a su costo marginal debido a que su intención será la de tener una mayor presencia en el mercado antes que obtener una ganancia más atractiva. Este designio será perseguido aun cuando implique expandir ineficientemente su producción o utilizar tecnología desfasada y muy costosa, por ejemplo. Del mismo modo, pueden actuar agresivamente en el mercado con el objeto de incrementar los costos de sus competidores (*raise rivals cost*) o crear barreras de ingreso al mercado⁵. En otras ocasiones, la empresa estatal rehusará negociar con un competidor en el mercado aguas abajo (*downstream*), por temor a perder participación en el mercado conexo o en el propio mercado donde tiene posición dominante. Ello ocurrirá en aquellos mercados donde las empresas estatales enfrentan competencia. Así, por ejemplo, si una empresa estatal obtiene rentas en una actividad donde cuenta con un monopolio, estas ganancias servirán para soportar pérdidas o rentas menores en un mercado competitivo (subsidio cruzado)⁶.

Las motivaciones anticompetitivas que pueden tener las empresas públicas se ven respaldadas por una serie de beneficios que les permite estar en mejor situación que competidores privados y, eventualmente, adoptar las mencionadas estrategias anticompetitivas. Estas ventajas no tienen su origen en eficiencias económicas como la reducción de costos, mejor manejo empresarial, uso de mejor tecnología, sino que nacen a partir de la decisión gubernamental⁷. No hicieron nada para merecerlas o conservarlas, el propio Estado se las otorgó.

Dentro de las ventajas encontramos: la obtención de créditos garantizados (que

reducen los costos de financiamiento), la posesión de capital cautivo (los accionistas son los contribuyentes, quienes no pueden decidir retirar su “inversión” ante un mal manejo empresarial de la empresa pública), exenciones de quiebra o bancarrota (una empresa pública puede soportar pérdidas por muchos años sin el riesgo de quebrar, o con la seguridad de ser “salvadas”), exenciones del pago de tributos, exenciones del cumplimiento de regulaciones específicas, subsidios directos, entre otros⁸.

Todos estos beneficios de los que gozan las empresas públicas no sólo permiten adoptar prácticas anticompetitivas sino que también generan desincentivos para el desarrollo o el ingreso de competidores privados. Es por ello que, al reconocerse los incentivos anticompetitivos que tienen las empresas públicas, sumados a las ventajas que ostenta en el mercado, se señala con acierto que: “[una] vigilancia particular en el monitoreo de las actividades de mercado de empresas estatales se justifica. También sería apropiado sujetar a las empresas estatales a leyes de competencia más estrictas y a penalidades más severas por su violación”⁹. En el mismo sentido, puede ser recomendable restringir los alcances de los monopolios designados o limitar la posibilidad de que una empresa estatal pueda expandir sus actividades más allá del mercado para el que fue expresamente habilitada¹⁰.

Más allá de algunas obligaciones particulares que puedan tener las empresas estatales, hay un consenso generalizado para requerir que se sometan a la aplicación de las leyes de defensa de la competencia.

B. Porque es un atractivo objeto de captura

“[E]n la medida que un sistema de competencia logre éxito atacando restricciones privadas, se incrementan los esfuerzos que las empresas

⁵ *Ibíd.* p. 14.

⁶ GEDDES, Richard. “Case Studies of Anticompetitive SOE Behavior”. En: GEDDES, Richard. “Competing with the Government: Anti-Competitive Behavior and Public Enterprises”. Stanford: Hoover Press. 2004. p. 30.

⁷ *Ibíd.* p. 28.

⁸ *Ibíd.* pp. 30-34.

⁹ Traducción libre de: “(...) particular vigilance in monitoring the market activities of SOEs is warranted. It may also be appropriate to subject an SOE to more stringent competition laws and harsher penalties for violating them”. SAPPINGTON, David y Gregory SIDAK. *Op. cit.* p. 14.

¹⁰ *Ibíd.* p. 18.

destinarán a obtener restricciones públicas”¹¹. Esta cita pertenece a Timothy Muris, ex jefe de la *Federal Trade Commission* (FTC), agencia de competencia de los Estados Unidos y probablemente la agencia de competencia de mayor actividad e importancia en el mundo.

A lo que se refiere Muris es a un estadio regular de evolución de la defensa de la competencia, un estadio por el que pasan todas las agencias de competencia en el mundo. Cualquier empresa en el mercado busca conseguir capturar la mayor parte de la demanda en el mercado. Toda empresa que actúe con racionalidad económica sueña con llegar a ser monopolista y obtener la mayor rentabilidad posible. Y la competencia es el principal obstáculo en el camino a ese objetivo. La presión que plantean los competidores reduce las posibilidades de que una empresa pueda subir sus precios y obtener más ganancias. “La disciplina de la competencia” es una frase que refleja correctamente el efecto de la competencia sobre los agentes económicos.

Por ello, es lógico que cualquier agente económico tenga incentivos para restringir la competencia. El sistema tradicional de defensa de la competencia propugna que ésta se mantenga y que las afectaciones que puedan sufrir unos competidores se deriven de la eficiencia de otros. Al mismo tiempo, busca evitar y desincentivar aquellas afectaciones que no respondan a esta eficiencia sino a decisiones privadas (normalmente comerciales) que no compensen el daño competitivo generado; estas decisiones son las habitualmente conocidas como conductas o prácticas anticompetitivas (abuso de posición de dominio o monopolización, prácticas colusorias y operaciones de concentración empresarial).

El escenario que justifica la cita de Muris no es ninguno de los anteriores descritos en el párrafo precedente, sino uno en el

que los agentes económicos, para librarse de los competidores acuden al Estado y ya no a su propia eficiencia o sus prácticas anticompetitivas. La restricción la genera el Estado, y en comparación con las otras dos alternativas, esta última es la más efectiva para dicho fin.

La intervención estatal es más efectiva en eliminar la competencia que las conductas privadas, pues a diferencia de estas últimas, las restricciones públicas son acatadas por todos, tienen mayor permanencia, no existe el riesgo de cambio inmediato (a diferencia de un cártel privado de precios, por ejemplo, no hay la desconfianza en que uno de los miembros de la práctica colusoria vaya a traicionar al resto) y, finalmente, no hay temor a la detección y sanción por las autoridades de defensa de la competencia. La restricción a la competencia es lícita.

De esta forma, si la eficiencia no es el camino elegido por un competidor, y si hay una agencia de competencia fuerte que genera suficientes desincentivos para la comisión de conductas anticompetitivas, los agentes económicos podrán virar hacia el Estado, con el objetivo de tratar de conseguir la venia de los funcionarios públicos para limitar la competencia¹².

En este contexto, la experiencia demuestra que distintas instancias de un complejo aparato estatal pueden sucumbir ante las presiones de operadores privados, y adoptar algún tipo de decisión pública –adjudicatoria, normativa o fáctica (actuación material) – que limite injustificadamente la competencia¹³. Con acierto, el *public choice* y la teoría económica de la regulación (*Economic Theory of Regulation* o “ETR”) enseñan que los funcionarios públicos, al igual que cualquier persona, son agentes racionales, y no es que simplemente abandonen sus intereses y motivaciones en la puerta de sus oficinas¹⁴.

¹¹ Traducción libre de: “(...) as a competition system achieves success in attacking private restraints, it increases the efforts that firms will devote to obtaining public restraints”. En: MURIS, Timothy. “State Intervention/State Action - A US Perspective”. En: George Mason Law & Economics Research Paper 04-18. Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy. Nueva York. October 24, 2003. p. 2.

¹² WILEY JR, John. “A Capture Theory of Antitrust Federalism”. En: Harvard Law Review 99. 1985-1986. SOKOL, Daniel. Op. cit. p. 133.

¹³ DOGAN, Stacey y Mark LEMLEY. “Antitrust Law and Regulatory Gaming”. Texas Law Review 87. 2009.

¹⁴ COOPER, James y William KOVACIC. Op. Cit. p. 1597. Ver también en general: BECKER, Gary. “A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence”. En: Quarterly Journal of Economics 98 (1983); PELTZMAN, Sam. “Toward a More General Theory of Regulation” en: Journal of Law and Economics 19.

Las motivaciones que tendrá el Estado para aceptar estas peticiones anticompetitivas pueden ser de distinta índole. Se pueden presentar casos claros y abiertos de corrupción, las restricciones públicas también pueden ser una “compensación” por el apoyo político recibido por empresas privadas en tiempos de dificultad o financistas en campañas electorales¹⁵, o también pueden tratarse de legítimas decisiones que, no obstante, se vieron influenciadas por la asimetría de información, o por una equivocada evaluación de los costos y beneficios, circunstancias que discutiremos por separado y a continuación.

C. Porque se encuentra en una situación de asimetría informativa

El Estado puede ser capturado aún sin saberlo. En la decisión acerca de si conviene adoptar una determinada medida, el Estado cuenta con limitada información, la misma que puede ser inferior a la cantidad que maneja los operadores privados involucrados en el mercado sobre el que recae la medida pública. Esto es así porque en el caso de las empresas privadas, conocer las complejidades y detalles de la dinámica del mercado es parte de su negocio. Si no manejan suficiente información, pueden tomar decisiones equivocadas y perjudicar su posición en el mercado y, en última medida, salir del mercado. Es decir, tienen incentivos para acumular mayor conocimiento y para equivocarse lo menos posible.

El Estado no tiene los mismos incentivos. Los funcionarios públicos encargados de adoptar las decisiones regulatorias o administrativas sobre un mercado no experimentarán los beneficios ni los perjuicios directos de aquellas disposiciones. Adicionalmente, el Estado maneja un determinado número de recursos, y no tienen tanta libertad para adaptar su presupuesto, su estructura ni su personal a las variantes que el mercado desarrolla. Esto agranda la asimetría de información en la que se encuentra frente a las empresas privadas.

Los efectos de esta situación suelen ser variados. En primer lugar, esta asimetría informativa puede llevar al Estado a confiar excesivamente en la información que maneja uno o un grupo de operadores privados y adoptar una decisión que pueda perjudicar a otros competidores o al proceso competitivo en general¹⁶.

Es importante considerar que a medida que un mercado se encuentre más concentrado existirán más incentivos para intervenir en el proceso decisorio del Estado. En efecto, un número reducido de competidores enfrentan menores costos de transacción y menores problemas de externalidades para tratar de influenciar en el Estado. Al tratarse de unos cuantos agentes, no será tan costoso que ellos se pongan de acuerdo en la propuesta regulatoria o adjudicatoria que desean proponer al Estado y en la manera de presentarla. Asimismo, al ser pocos los beneficiarios de esta propuesta, se reducen los riesgos de que alguno de ellos se beneficie sin incurrir en los costos que tienen que asumir para lograr la aprobación de su propuesta (costos de *lobbying*).

En oposición, si la propuesta afecta a un gran número de competidores atomizados, o más aún, si la intervención estatal solicitada afecta únicamente a los consumidores, estos agentes enfrentarán todos los costos y desincentivos que fueron evitados en la situación descrita en el párrafo anterior. Los costos de ponerse de acuerdo entre un gran número de actores serán más elevados. Hacer un *lobbying* en su favor o en oposición a la propuesta de operadores en un mercado concentrado demandará más recursos¹⁷. Asimismo, al tratarse de un gran universo de agentes involucrados, los beneficios del *lobbying* serán esparcidos y tal vez de poca consideración para cada uno de los sujetos individualmente considerados. Por ello, aun cuando el beneficio global sea mayor, hay estímulos para evitar incurrir en estos costos y aun así tratar de aprovechar los efectos positivos de la medida. Es decir, hay incentivos para ser un *free rider*.

1976; STIGLER, George. “The Theory of Economic Regulation”. En: Bell Journal of Regular Economics & Management Science 2. 1971.

¹⁵ COOPER, James y William KOVACIC. Op. cit. p. 1559. También ver en general: VISCUSI, Kip, John VERNON y HARRINGTON JR, Josep. “Economics of regulation and antitrust”. Cambridge: MIT Press. 2000.

¹⁶ COOPER, James y William KOVACIC. Op. cit. pp. 1562-1563.

¹⁷ WILEY JR, John. Op. cit. pp. 724-725.

Sin perjuicio de lo señalado, la asimetría informativa no necesariamente puede ocasionar que el Estado adopte una decisión anticompetitiva. Una alternativa es que el Estado busque dar una solución a esta asimetría y confíe en alguien más la elección de la mejor política pública. Así, normalmente se presentan dos alternativas —no siempre excluyentes—: (i) confiar la decisión a un organismo regulador especializado, o (ii) confiar la decisión a la autorregulación de los privados.

Como podrá apreciar el lector, ninguna de las dos opciones soluciona de manera definitiva el problema de la asimetría informativa ni de la captura regulatoria. Un organismo regulador estatal aún puede estar en desventaja en conocimientos frente a las empresas privadas reguladas¹⁸ y la interacción frecuente con dichos operadores también acrecienta las opciones de captura¹⁹. Por su parte, un cuerpo de autorregulación mantiene los incentivos privados para afectar la competencia y, aunque su diseño y supervisión por parte de una entidad estatal puede generar contrapesos para evitar decisiones anticompetitivas, hay un riesgo latente y la asimetría informativa puede mantenerse constante.

Lo expuesto en este acápite no tiene por objeto rechazar de plano las opciones de organismos reguladores especializados²⁰, ni los cuerpos de autorregulación, ni tampoco sustentar que en estos casos siempre habrá restricciones públicas a la competencia. Simplemente, buscamos explicar una de las razones por las cuales se pueden manifestar estas restricciones. De hecho, consideramos

que la posibilidad de aparición de restricciones públicas a la competencia, al igual que las privadas, son innegables. Lo importante es atajarlas adecuadamente.

D. Porque el Estado también se equivoca

Errar es humano, y creer que el Estado no es humano es ingenuo. El Estado está compuesto de personas y éstas como cualesquiera otras pueden cometer errores. Entonces, antes que divinizar al Estado, más bien podríamos verlo como un “súper-humano”, por la cantidad de personas que agrupa a su interior, y con ello las posibilidades de errar también se multiplican.

Entonces, aun en el supuesto de que el Estado se encuentre en igualdad de condiciones que los operadores privados, y aun cuando haya podido evitar las tentaciones de la captura regulatoria, los funcionarios públicos también pueden equivocarse al momento de evaluar los costos y beneficios de sus decisiones. En tal sentido, una incorrecta evaluación generará perjuicios anticompetitivos sin que haya una suficiente compensación en la persecución de intereses públicos.

Por ejemplo, un grupo de transportistas podría pedir al Estado que los buses que transitan por carreteras cuenten con determinadas condiciones técnicas como frenos ABS y una capacidad de 50 pasajeros como mínimo, ello con la finalidad de evitar accidentes en los que las víctimas fueron personas que viajaban paradas. Aun cuando el objetivo sea loable y las medidas sean idóneas, en un caso concreto podrían tener

¹⁸ DOGAN, Stacey y Mark LEMLEY. Op. cit. p. 699.

¹⁹ “Este juego repetido de actores dentro de un estrecho rango de intereses hace que los reguladores sectoriales sean más fáciles de capturar que las autoridades de competencia, ya que la vigilancia de estos últimos los expone a muchas industrias e intereses de grupos, mientras que los primeros deben lidiar con la atención focalizada de los mismos grupos de interés una y otra vez. Particularmente en los países en vía de desarrollo, la baja remuneración a los reguladores sectoriales incrementa la probabilidad de captura. En adición a la presión directa de grupos empresariales, los reguladores sectoriales pueden estar propensos a la presión específica de legisladores interesados en ese sector, exacerbando aún más el problema de captura”. Traducción libre de: “This repeat play of actors within a narrow band of interests may make sector regulators easier to capture than antitrust enforcers, since the latter’s oversight exposes them to many industries and interest groups, while the former must deal with the focused attentions of the same interest groups over and over. Particularly in the developing world, the low pay of sector regulators increases the likelihood of capture. In addition to direct pressure from industry groups, sector regulators may be prone to specific pressure from legislators interested in that sector, further exacerbating the problem of capture.” SOKOL, Daniel. Op. cit. p. 134.

²⁰ En relación conl problema de escoger esquemas regulatorios sectoriales por encima de la aplicación general de las leyes de competencia, Dogan y Lemley comentan: “(...) virtualmente todos los economistas estarían de acuerdo en que la vigilancia antitrust de la competencia en los mercados es superior a la regulación de la industria”. Traducción libre de: “(...) virtually all economists would agree that antitrust-overseen market competition is superior to industry regulation.” DOGAN, Stacey y Mark LELMLEY. Op. cit. p. 696.

graves efectos perjudiciales, si es que, por ejemplo, otros competidores tienen otras medidas efectivas de seguridad alternativas a los frenos ABS o sus vehículos tienen una capacidad menor a los 50 pasajeros pero prohíbe que alguno de ellos viaje parado. Una inadecuada evaluación de los costos y beneficios de la medida regulatoria puede causar perjuicios a la competencia y a los consumidores, favoreciendo solo a un grupo de agentes.

Es por esta razón que a nivel nacional e internacional las cortes requieren hacer un análisis de razonabilidad de las medidas públicas que puedan afectar a las personas (consumidores o competidores), que incluya una evaluación de la idoneidad de la medida, que los beneficios superen los costos y que no exista una medida menos onerosa para conseguir el fin público perseguido²¹.

III. LUZ ROJA: ¿QUÉ LÍMITES INCORPORA LA LEY DE LIBRE COMPETENCIA A LA ACTUACIÓN ANTICOMPETITIVA ESTATAL?

Habiendo revisado las motivaciones y causas por las que el Estado puede restringir la competencia, corresponde analizar ahora qué respuestas da el Derecho de la Competencia frente a estas restricciones públicas, específicamente cuándo las restricciones se convierten en inmunidades, en un escape al escrutinio que requiere la aplicación de la ley de defensa de la competencia.

A continuación revisaremos los artículos relevantes que fueron incluidos en el Decreto Legislativo 1034 relacionados con esta intervención estatal que podría limitar la aplicación de la ley de libre competencia.

A. Artículo 2 y artículo 5: Estado infractor y primacía de la realidad

El artículo 2 del Decreto Legislativo 1034 establece lo que tradicionalmente se ha conocido como el ámbito subjetivo de aplicación²², es decir, los sujetos que pueden ser considerados como infractores de la ley de libre competencia: “Artículo 2. Ámbito de aplicación subjetivo: La presente ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa”.

Este artículo no presenta mayores cambios con relación al predecesor artículo 2 del Decreto Legislativo 701²³. Mientras el Decreto Legislativo 1034 hace referencia a las personas que “en el mercado oferten o demanden bienes o servicios”, el Decreto Legislativo 701 incluía a las personas que “realicen actividades económicas”. Es decir, el factor clave sigue siendo la participación en el mercado, sea como ofertante o como consumidor, sin importar si se trata de una persona de derecho público o privado. Empresas privadas y empresas estatales están incluidas.

Tal vez lo más relevante en lo que respecta al ámbito subjetivo sea la inclusión del artículo 5: “Artículo 5. Primacía de la realidad:

²¹ Sobre el test de razonabilidad del Tribunal Constitucional peruano, ver Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003 (Exp. 0008-2003-AI/TC). Para el análisis de legalidad y razonabilidad de las barreras burocráticas del mercado, ver Resolución 182-97-TDC del 16 de julio de 1997. También ver en general: PASQUEL, Enrique. “Ruleta Regulatoria. La importancia del análisis de la razonabilidad de las regulaciones”. En: Revista Advocatus 24. 2011.

²² En otro lugar, hemos argumentado en contra de la definición del ámbito de aplicación de la ley de libre competencia en atención al sujeto infractor (ámbito subjetivo), y propuesto que un enfoque material o funcional supondría una definición en torno a la conducta: actividad económica o con fines económicos o comerciales (ámbito objetivo). CALDERÓN, Andrés. “Estado versus competencia: cuando el Estado provoca el incumplimiento de las leyes de defensa de la competencia”. Tesis para optar por el título de Abogado. 2010. pp. 233-237.

²³ Decreto Legislativo 701: “Artículo 2. Ámbito de aplicación. La presente Ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley”.

En la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos”.

Esto responde a una resolución de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (Sala) en el 2005, en la que revocó una decisión de la Comisión de Libre Competencia (CLC), y declaró que el COES (un órgano de autorregulación compuesto por diversas empresas dedicadas a la generación eléctrica) sí podía ser sujeto de evaluación ante la ley de libre competencia, frente a la acusación de uno de los operadores de un boicot en su contra, gestado al interior del COES. La Sala adoptó el criterio de la “primacía de la realidad”, por el que se debía atender a la naturaleza de las cosas y no a la formalidad de la presunta conducta anticompetitiva. Así, la Sala consideró que el COES, al estar conformado por agentes privados que participaban en distintos niveles de la actividad eléctrica, incluyendo la generación, podía realizar conductas con fines anticompetitivos aun cuando fueran llevadas a cabo en el ejercicio de una potestad administrativa confiada por el Estado²⁴.

Así, el mandato conjunto del artículo 2 (actividad económica) y artículo 5 (primacía de la realidad) implica considerar aquellas conductas anticompetitivas realizadas por cualquier entidad estatal o cuerpo autorregulatorio dotado de potestades públicas, en la medida que se pueda apreciar una conducta materialmente económica. Entonces, corresponderá analizar si la práctica realizada es materialmente económica, es

decir, si la entidad u órgano involucrado, se comporta como un proveedor o un comprador de bienes o servicios, más allá de las formalidades que pueden recubrir estas conductas o decisiones.

Este enfoque funcional ha sido adoptado ampliamente en la experiencia comparada. Así, podemos apreciar que en España se han perseguido y sancionado a empresas públicas, entidades públicas²⁵, colegios profesionales²⁶ y organismos de certificación y normalización industrial²⁷, aun cuando hayan sido dotados de algún tipo de potestad pública, en la medida que materialmente realizaban una conducta económica²⁸. La jurisprudencia comunitaria europea muestra el mismo enfoque funcional, incluyendo como infractores a empresas públicas, colegios profesionales²⁹ y en general a entidades cuasi-gubernamentales que desarrollan actividades económicas³⁰.

En Estados Unidos, por su parte, se puede encontrar una especial preocupación por los cuerpos autorregulatorios y asociaciones de profesionales o comerciales con capacidad para imponer estándares en el mercado. Como veremos en el siguiente apartado, la práctica *antitrust* norteamericana no solamente enjuicia las conductas de estos agentes, sino que también limita la posibilidad de que los Estados les otorguen inmunidades respecto de la aplicación de la ley federal de libre competencia (*Sherman Act*).

Los cambios introducidos en el Decreto Legislativo 1034 demuestran pues una preocupación similar a la corriente del Derecho de la Competencia internacional: es importante analizar y eventualmente sancionar las conductas de cualquier persona o grupo de personas que realice actividades económicas con efectos anticompetitivos, aun cuando se trate del Estado o de algún organismo mixto que cuente con potestades públicas.

²⁴ Resolución 0752-2005/TDC-INDECOPI del 8 de julio de 2005, en el procedimiento seguido por Termoselva contra el Comité de Operaciones Económicas del Sistema Interconectado Nacional y otros.

²⁵ Resolución del TDC del 20 de marzo de 1998. Asunto “Cruz Roja de Fuengirola”. Expediente 419/97 (Conductas).

²⁶ Resolución del TDC del 18 de enero de 2000. Asunto “Abogacía Española”. Expediente: 455/99 (Conductas).

²⁷ Resolución del TDC del 25 de noviembre de 1997. Asunto “AENOR”. Expediente: R 260/97 (Recursos).

²⁸ Ver: BERENGUER, Luis. “Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia”. En: “Anuario de la Competencia”. Madrid: Marcial Pons. 1997. pp. 168 y siguientes.

²⁹ Ver, entre otros: Sentencia del TJCE del 30 de abril de 1985. Asunto “BNIC c. Clair”; y Sentencia del TJCE del 19 de febrero de 2002, Asunto “Wouters”.

³⁰ WHISH, Richard. “Competition Law”. Quinta edición. Londres: LexisNexis. Reino Unido. 2003. p. 82.

B. Artículo 3: Exenciones legales

El artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA) dispone expresamente lo siguiente: “Artículo 3. Ámbito de aplicación objetivo: Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”.

No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar del consumidor.

Originalmente, el artículo 3 del anteproyecto de la LRCA contenía una provisión que buscaba dar solución al recurrente problema entre regulación y competencia. La versión inicial recogía un discutible criterio aplicado por la Sala en un caso del 2008 en el que se señalaban las condiciones que debían cumplirse para decidir que una regulación sectorial primaba sobre la ley de competencia³¹. Esta versión recibió diversos comentarios en contra, por lo que se sustituyó por la versión que se encuentra en el primer párrafo del Decreto Legislativo 1034. El segundo párrafo fue añadido por la Presidencia del Consejo de Ministros antes de su promulgación y publicación³².

El objetivo del artículo 3 está expreso en la Exposición de Motivos de la LRCA³³ y evidencia que la intención de su incorporación en la LRCA era la de esclarecer que solo una norma con

rango de ley puede desplazar la aplicación de la ley de libre competencia. Solo otra norma del mismo rango o superior puede establecer una excepción a la prohibición y sanción de prácticas anticompetitivas: “El artículo 3 del Proyecto excluye de su ámbito objetivo de aplicación aquellas conductas que se originan como consecuencia de lo dispuesto en una norma legal, que es el caso de las leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia (...) Por ejemplo, se podría imaginar una situación en la que una ley obligue a las empresas de determinado mercado a concertar los precios de sus productos. Dado que los precios vigentes en el mercado son resultado de una colusión que se da en ejecución de una obligación legal, los agentes económicos involucrados no serían sujetos de sanción por parte de la autoridad de competencia en virtud de la ley de competencia, considerando que su conducta es resultado de lo dispuesto en otra norma legal.

En consecuencia, todos los dispositivos normativos o ejercicio de potestades públicas que no encajen dentro del concepto de “norma legal”, como lo destaca la Exposición de Motivos de la LRCA, no podrán exonerar la aplicación de la ley de defensa de la competencia. Una empresa no podrá considerarse exenta del cumplimiento de la LRCA porque un reglamento administrativo, un acto administrativo o un contrato de concesión se lo permiten, debiendo respetar lo dispuesto en la norma *antitrust*, en cumplimiento del principio de jerarquía normativa.

En virtud de esta ley, entonces, también se deja de lado el principio de supletoriedad tal cual venía siendo aplicado por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, en el sentido de que cualquier regulación sectorial, normalmente contenida en un reglamento (norma de rango terciario), podía desplazar

³¹ Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI del 3 de enero de 2008, en el procedimiento seguido por Envasadora Alfa Gas contra Repsol YPF Comercial del Perú.

³² Para un mayor detalle de los orígenes y la interpretación del artículo 3 del Decreto Legislativo 1034, y su efecto sobre las exenciones legales a la aplicación de la ley de libre competencia ver: CALDERÓN, Andrés. “Estado versus Estado: las exenciones a la aplicación de la Ley de Libre Competencia”. En: Revista de Derecho Administrativo 10. 2011. pp. 153-168.

³³ Dicho documento fue preparado por funcionarios del INDECOPI que integraron el Grupo Especial encargado de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; sin embargo, no fue publicado junto con el Decreto Legislativo 1034. La Exposición de Motivos fue remitida por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Oficio 650-2008-DP/SCM del 24 de noviembre de 2008. El texto puede ser revisado en el Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ.

y de manera general a la ley de libre competencia³⁴. Con el cambio normativo, solo una ley puede ordenar esta supletoriedad.

Esta disposición sigue el ejemplo de la ley española de defensa de la competencia que tiene una provisión similar³⁵. La jurisprudencia española ha interpretado correctamente que los reglamentos o actos administrativos no pueden establecer exenciones, sino únicamente desarrollar aquellas que han sido establecidas por una norma con rango de ley.

Con ello, se limitan las posibilidades de generar inmunidades a la ley de libre competencia, y al mismo tiempo, se restringen las oportunidades para la captura de las entidades públicas. Un operador privado que quiera eximirse del “deber de competir” solo podrá acudir al Congreso o al Ejecutivo en el caso de legislación delegada (decretos legislativos) o de urgencia (decretos de urgencia). Y aun así, la mayor publicidad y escrutinio que tiene ese proceso legislativo –en particular, del Congreso– favorece la detección y desincentiva eventuales capturas.

La modificación normativa es coherente también con la preocupación internacional por las exenciones legales.

A nivel europeo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha adoptado la doctrina de la “eliminación del efecto útil de las normas de defensa de la competencia”. Esta doctrina jurisprudencial, originada en los asuntos “Wilhelm”³⁶ y posteriormente “Inno”³⁷, consiste en la obligación que tienen los Estados Miembros de la Unión Europea de no eliminar el efecto útil de las provisiones del Tratado de Funcionamiento de la Unión

Europea, en particular las normas de libre competencia (artículos 101 y 102 del TFUE). Así, se considerará que los Estados infringen tanto el artículo 4 del Tratado de la Unión Europea (que recoge el deber de los Estados Miembros de abstenerse de adoptar medidas que pongan en peligro la consecución de los objetivos de la Unión) cuanto los artículos 101 ó 102, cuando adopten medidas que impongan, promuevan o faciliten la comisión de las conductas anticompetitivas prohibidas por los referidos artículos del TUE. En puridad, se trata de una obligación general –sí admite limitadas excepciones de interés público– de no crear exenciones o inmunidades al ordenamiento europeo de defensa de la competencia.

Es especialmente resaltante en la jurisprudencia europea que se considere que un Estado Miembro falsea el régimen de libre competencia si es que delega en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica, en el entendido que las posteriores decisiones de los privados restrinjan la competencia³⁸. Esto refleja una preocupación especial por los casos de captura, por aquellos supuestos en los que una regulación anticompetitiva responde al interés de determinados competidores y no a un interés público.

Similar inquietud se aprecia en la jurisprudencia norteamericana que aborda el tema de las exenciones o inmunidades *antitrust*. Cuando se trata de una inmunidad generada a nivel estatal o de gobiernos locales, la doctrina de la *State Action*, originada en el caso *Parker v. Brown*³⁹, dispone que la ley federal de libre competencia (*Sherman Act*) no

³⁴ Ver: Resolución 006-2002-CLC/INDECOPI del 13 de marzo del 2002, en el procedimiento seguido por Paneles Napsa contra Empresa de Distribución Eléctrica de Lima - Norte - Edelnor; Resolución 015-2002-CLC/ INDECOPI del 28 de agosto de 2002, en el procedimiento seguido por Practimar Ilo contra la Empresa Nacional de Puertos - ENAPU; y, Resolución 021-2007/CLC del 21 de marzo de 2007, en el procedimiento seguido por Envasadora Alfa Gas contra Repsol YPF Comercial del Perú.

³⁵ Artículo 4 de la Ley 15/2007, del 3 de julio de 2007, Ley de Defensa de la Competencia.

³⁶ Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969. Asunto 14/68: “Walt Wilhelm et autres c. Bundeskartellamt”.

³⁷ Sentencia del TJCE del 16 de noviembre de 1977. Asunto 13/77: “Inna v. IBM”.

³⁸ Sentencia del TJCE del 21 de setiembre de 1988. Asunto 267/86: “Van Eycke”. “Por tanto, según el TJCE, para aplicar al caso concreto esta doctrina es necesario comprobar si la disposición impone o favorece la conclusión de acuerdos; en segundo lugar, si refuerza una coordinación preexistente; o, por último, si la disposición delega en operadores privados funciones de carácter público”. VICIANO, Javier. Op. cit. p. 393. Sobre los supuestos comprendidos en “Van Eycke”, puede verse: CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. “Reglamentaciones públicas anticompetitivas”. En: BEYNETO, José María y Jerónimo MAILLO. “Tratado de Derecho de la Competencia”. Volumen II. Barcelona: Bosch. 2005. p. 1315.

³⁹ “Parker v. Brown”. 317 U.S. 341 (1943).

será aplicable en la medida que se presenten dos condiciones: (i) una política estatal claramente articulada, y (ii) una supervisión activa por parte del propio Estado.

La racionalidad de estos requisitos establecidos por la Corte Suprema en el "Asunto Midcal"⁴⁰ es la de comprobar que la norma estatal que desplaza la aplicación de las normas *antitrust* federales responda realmente a una política conscientemente adoptada y no sea, en realidad, un mero mecanismo para otorgar inmunidad a favor de los particulares. Dado que la doctrina busca garantizar la soberanía estatal de regulación del comercio, debe cuidarse que esta norma estatal responda realmente a intereses públicos y no a intereses privados particulares que tengan por objeto eximirse del deber de competir en el mercado. De hecho, algunos estudiosos⁴¹ y la propia FTC⁴² abogan por negar la inmunidad cuando la medida adoptada se haya generado por agentes privados que detenten una potestad pública por un mandato estatal, es decir, cuerpos de autorregulación.

Por otro lado, tratándose de regulaciones sectoriales de nivel federal, las cortes norteamericanas han decidido atender a la voluntad del legislador para definir qué norma prima (la federal sectorial o la federal *antitrust*), o si es que estas conviven con distintos ámbitos de aplicación. Cuando no hay una voluntad legislativa expresa, la Corte Suprema ha aceptado que en algunos casos puede operar una inmunidad implícita o prioridad (*preemption*) implícita si es que la regulación sectorial cumple con ciertas condiciones. Aunque la Corte Suprema estadounidense ha rehusado establecer un criterio único aplicable a todo tipo de conflicto

regulatorio con la norma *antitrust*, sí se puede tomar como referencia el expuesto en el caso Credit Suisse Securities (USA) LLC v. Billing⁴³ resuelto en el 2007 y referido a la regulación de mercado de valores. En este caso, el Tribunal concluyó que deben concurrir cuatro requisitos a efectos de determinar la existencia de una inmunidad implícita frente a las leyes de competencia: (i) que exista una autoridad regulatoria que supervise la conducta en cuestión; (ii) que exista evidencia de que dicha entidad regulatoria ejerce su autoridad; (iii) que haya riesgo de contradicción frente a la aplicación paralela de la norma regulatoria y las leyes de competencia; y, (iv) que el mercado regulado pueda verse afectado por esta contradicción⁴⁴.

Estas condiciones reflejan nuevamente la preocupación de la Corte por no dejar inmunes prácticas anticompetitivas y de la necesidad de que haya una regulación específica y ejercida correctamente por la autoridad correspondiente para que pueda dejarse de aplicar la ley *antitrust*, evitándose de este modo inmunidades originadas por simple captura regulatoria. Aun así, el Tribunal Supremo norteamericano se ha mostrado reacio a aceptar la inmunidad implícita cuando no se pueda inferir claramente que esa ha sido la voluntad del legislador (Congreso Federal). Para la Corte, el desplazamiento excepcional de las leyes de competencia por estatutos regulatorios solo puede admitirse en casos de "clara repugnancia entre los preceptos *antitrust* y regulatorios"⁴⁵. En este sentido, frente al silencio legislativo, como regla general, se deberá optar por admitir la compatibilidad y aplicación de ambos cuerpos normativos, en sus respectivos ámbitos.

⁴⁰ "California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum Inc". 445 U.S. 97 (1980).

⁴¹ SULLIVAN, Thomas y Herbert HOVENKAMP. "The law of antitrust: an integrated handbook". 2000. pp. 1035-1036; DOGAN, Stacy y Mark LEMLEY. Op. cit. p. 708.

⁴² FEDERAL TRADE COMMISSION (Office of Policy Planning). "Report of the State Action Task Force". Septiembre 2003. disponible en <http://ftc.gov/os/2003/09/stateactionreport.pdf> (página web visitada el 27 de agosto de 2011).

⁴³ "Credit Suisse Securities (USA) LLC Fka Credit Suisse First Boston Llc, Et Al. v. Billing Et Al". Número 05-1157.

⁴⁴ "Moreover, Gordon and NASD, in finding sufficient incompatibility to warrant an implication of preclusion, have treated the following factors as critical: (i) the existence of regulatory authority under the securities law to supervise the activities in question; (ii) evidence that the responsible regulatory entities exercise that authority; and (iii) a resulting risk that the securities and antitrust laws, if both applicable, would produce conflicting guidance, requirements, duties, privileges, or standards of conduct. We also note (iv) that in Gordon and NASD the possible conflict affected practices that lies squarely within an area of financial". En: "Credit Suisse Securities (USA) LLC Fka Credit Suisse First Boston Llc, Et Al. v. Billing Et Al". Número 05-1157.

⁴⁵ "United States v. Philadelphia National Bank". 374, U.S. 321 (1963).

En resumen, con distintos criterios, hay una tendencia en el Derecho de la Competencia a nivel internacional hacia limitar el otorgamiento de inmunidades, con especial inquietud en los casos de captura regulatoria. El artículo 3 del Decreto Legislativo 1034 representa el esfuerzo nacional por atender a este problema, y confinar los supuestos de exenciones estatales a la ley de defensa de la competencia.

IV. LUZ VERDE: ¿CÓMO HA VENIDO APLICANDO EL INDECOPI ESTOS LÍMITES?

Los cambios normativos reseñados en el capítulo precedente parecen indicar claramente una tendencia hacia restringir el número de inmunidades o exenciones a la aplicación de la ley de libre competencia. Sin embargo, como veremos a continuación la aplicación de estas normas por parte de la autoridad de competencia en el Perú ha ido en el sentido opuesto, revelando un distanciamiento entre la aplicación de la ley y los verdaderos objetivos detrás de ella.

A. Caso INCOSA

Uno de los primeros casos en los que el INDECOPI tuvo oportunidad de aplicar la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es el de INCOSA. Este caso fue resuelto por la Secretaría Técnica (ST) de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC), que declaró improcedente la denuncia aplicando el antiguo criterio de supletoriedad, que ya había sido modificado en el 2008 por la Sala, y que fue finalmente dejado de lado con el artículo 3 del Decreto Legislativo 1034.

La denuncia de Gromul daba cuenta de un presunto boicot por parte de INCOSA, un competidor en el segmento de gran distribución de lejía en Pucallpa⁴⁶. De acuerdo a lo señalado por Gromul, INCOSA había retenido indebidamente y manipulado las Actas de Verificación y Libros de Registro Especial de un conjunto de vendedores mayoristas autorizados a comercializar lejía. Tales documentos eran indispensables para esta comercialización, en la medida que las leyes contra el tráfico ilícito de drogas los requerían para supervisar y fiscalizar la venta de productos químicos que también podrían ser utilizados para la fabricación de drogas como la pasta de cocaína. En dicho contexto, la retención de INCOSA de tales documentos generaba que los mayoristas únicamente pudieran negociar y adquirir los productos de dicha empresa, en perjuicio de otros distribuidores como Gromul.

A pesar del potencial efecto anticompetitivo de la conducta y de los indicios presentados por la denunciante, la Secretaría Técnica decidió no iniciar un procedimiento sancionador⁴⁷, puesto que consideró que la legislación antidrogas ya contemplaba eventuales responsabilidades administrativas o penales por esta indebida apropiación de documentos. Adicionalmente, consideró que la evolución del mercado, en el que INCOSA había perdido participación en favor de un tercer competidor, Clorox, demostraba el poco impacto competitivo que habría tenido la práctica denunciada⁴⁸.

Si bien un impacto mínimo o poco relevante en el mercado podría justificar que no se sancione una conducta denunciada como anticompetitiva, la primera parte del

⁴⁶ Provincia dentro del departamento de Ucayali, Perú.

⁴⁷ Resolución 012-2009/ST-CLC-INDECOPI del 26 de junio de 2009.

⁴⁸ Resolución 012-2009/ST-CLC-INDECOPI: "26. Considerando el análisis efectuado del marco regulatorio aplicable a los productos e insumos químicos fiscalizados, es posible concluir lo siguiente: (...) c. Si se hubiera producido la supuesta retención de las "Actas de Verificación" y los "Libros de Registro Especial", los Mayoristas Autorizados disponían de distintos mecanismos de defensa en sede administrativa y penal. Sin embargo, no se ha acreditado en el presente procedimiento la existencia de ningún tipo de denuncia administrativa o penal interpuesta contra INCOSA. d. Si los Mayoristas Autorizados hubieran preferido no denunciar la presunta retención por temor a posibles represalias, de cualquier manera, podrían haber solicitado nuevas "Actas de Verificación" o nuevos "Libros de Registro Especial". De acuerdo a lo anterior, no existen indicios razonables de que la presunta retención de las "Actas de Verificación" o "Libros de Registro Especial" haya tenido la capacidad de producir un efecto negativo para el proceso competitivo ni, en consecuencia, para el bienestar de los consumidores, razón por la cual, no existen indicios razonables de que INCOSA haya incurrido en una conducta anticompetitiva. En todo caso, de haberse producido, se trataría de una conducta que podría constituir una infracción de naturaleza administrativa o penal que no es de competencia de la Comisión. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador."

razonamiento de la ST incurre en el error de considerar de manera general que la ley de libre competencia debe retroceder ante cualquier otra norma que contemple como supuesto de hecho aquella conducta que es denunciada como anticompetitiva.

Aun cuando la supuesta retención fuera ilícita por vulnerar la legislación antidrogas, es claro que dicho cuerpo normativo no tiene por finalidad reprimir esta práctica por su potencial anticompetitivo. Es decir, la ley antidrogas y la ley de libre competencia atienden a problemas e intereses distintos, cuya aplicación conjunta (y paralela) no genera conflicto. De hecho, en el razonamiento de la ST en ningún momento se encuentra alguna alusión a la voluntad del legislador, que justifique una interpretación en el sentido de que implícitamente se hubiera producido un desplazamiento de la ley de libre competencia en favor de la aplicación exclusiva de la norma contra el tráfico ilícito de drogas.

Incluso a pesar de que las leyes contra el tráfico de drogas establecieran una sanción a la conducta específicamente denunciada, dicha sanción, previsiblemente, no incorporaría en su análisis la necesidad de desincentivar prácticas anticompetitivas. Sería inusual que el legislador en materia de tráfico ilícito de drogas haya previsto los incentivos económicos anticompetitivos que podría tener un gran distribuidor en la cadena de comercialización de un producto como la lejía para retener los documentos mencionados, y que haya diseñado la ley pensando en atacar tal finalidad anticompetitiva.

De este modo, la resolución de la Secretaría Técnica en este caso otorga injustificadamente una inmunidad en materia de libre competencia a conductas de esta naturaleza, y se atenta contra el mandato del artículo 3 del Decreto Legislativo 1034 que otorga dicha exención únicamente cuando existe una norma legal que así lo disponga –al menos implícitamente–, condición que no se cumple en el presente caso.

B. Caso APROFIP

En este caso, la Secretaría Técnica de la CLC aplicó nuevamente la antigua regla de la supletoriedad.

La denuncia había sido interpuesta por APROFIP, una asociación de productores fonográficos, en contra de una asociación similar de mayor envergadura a la que se encontraba afiliada, UNIMPRO. Según los términos de la denuncia, esta última había adoptado una estrategia para favorecer a algunos asociados en perjuicio de otros asociados que también integraban APROFIP, en el marco de la distribución de los ingresos recaudados por concepto de derechos conexos a los derechos de autor. Esta estrategia involucraría no solo un reparto no proporcional sino también un bloqueo a la posibilidad de que asociados de APROFIP tuvieran un rol más relevante en los órganos políticos de UNIMPRO.

La ST declaró improcedente la denuncia al considerar que la legislación de derechos de autor primaba sobre la de libre competencia al dar una solución específica a los hechos denunciados⁴⁹.

Aun cuando esta argumentación por sí sola reflejaría una nueva aplicación del amplio y descartado principio de supletoriedad, se presentan un par de condiciones que distinguen este caso del anterior y en especial del resto que comentaremos más adelante.

En este caso sí había una ley en sentido estricto, es decir, una norma del mismo rango que sí podría desplazar a la norma de libre competencia, en virtud del principio de especialidad o “supletoriedad”, la Ley de Derechos de Autor. En segundo lugar, la ST hace referencia a un artículo de la Ley de Derechos de Autor que establece la competencia exclusiva y de manera general de la Oficina de Derechos de Autor para investigar y sancionar conductas como la denunciada⁵⁰. En tal sentido, aunque el razonamiento de la

⁴⁹ Resolución 021-2009/ST-CLC-INDECOPI del 26 de noviembre de 2009.

⁵⁰ Resolución 021-2009/ST-CLC-INDECOPI: “26. De acuerdo a lo anterior, la aplicación de lo dispuesto en la norma citada constituiría la solución específica para resolver la negativa y la obstaculización denunciadas por APROFIP, siendo la autoridad competente para realizar esta aplicación la Comisión de Derecho de Autor (...): “Finalmente, en lo que se refiere a la competencia para conocer las infracciones a la Ley sobre Derechos de Autor y los hechos que afecten los intereses de los representados de una sociedad de gestión colectiva, el artículo 165 de la Ley sobre Derechos de Autor establece lo siguiente: Artículo 165: La Oficina de

Secretaría Técnica utiliza el antiguo criterio de supletoriedad, en realidad, este caso sí podría ser uno de desplazamiento implícito de la ley de libre competencia, que respetaría el estándar del artículo 3 de la nueva ley. Aunque este razonamiento está ausente en la resolución bajo comentario.

C. Caso PEB

PEB, una empresa dedicada a la publicidad exterior, denunció a su competidor OJMA y a la Municipalidad Provincial de Trujillo⁵¹, por haber adoptado un conjunto de prácticas para excluirlo del mercado y favorecer a OJMA. En particular, se trataba de la emisión de una Ordenanza que disponía el retiro de los elementos publicitarios de PEB de la vía pública y de un posterior convenio que otorgaba a OJMA la exclusividad para instalar elementos publicitarios en 200 paraderos urbanos.

La Secretaría Técnica declaró improcedente la denuncia interpuesta⁵². En primer lugar, la ST consideró que la Municipalidad de Trujillo actuaba como una autoridad pública al administrar un bien de dominio público (la vía pública) y regular una actividad económica (oferta de espacios publicitarios). De ese modo, al no tratarse de un agente económico –según el razonamiento de la autoridad investigadora del INDECOPI– la conducta de la Municipalidad quedaba fuera del ámbito de aplicación de la ley⁵³.

En este caso, la autoridad de competencia ignoró por completo los incentivos económicos que podrían estar detrás de un posible desvío de la función pública dirigido a favorecer a un competidor en particular. La Municipalidad, más que una entidad pública, se estaba comportando como un agente económico en el mercado, un agente que ofrecía un bien (espacio público) a un competidor en el mercado que deseaba utilizar dicho bien para colocar publicidad exterior. Así, según los términos de la denuncia, la Municipalidad comportándose como un comprador en dicho mercado –o si se quiere ver desde el ángulo inverso, un vendedor del espacio público– había discriminado a un ofertante (PEB) en beneficio de otro competidor (OJMA).

El hecho de que después se haya celebrado un convenio otorgando exclusividad a este último exhibe más indicios de este posible interés anticompetitivo ulterior, un factor en el que la ST decidió no hurgar. Precisamente, la ST utilizó nuevamente el argumento de la supletoriedad para no investigar y analizar el convenio entre la Municipalidad de Trujillo y OJMA, una tarea que fue derivada al Organismo Supervisor de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado (OSCE), pese a que, como veremos con más detalle en los siguientes casos, no había una ley que estableciera explícita o implícitamente un desplazamiento de la legislación de libre competencia en favor de la de contrataciones y adquisiciones del Estado en esta materia⁵⁴.

Derechos de Autor es la única autoridad competente que podrá imponer sanciones a las sociedades de gestión que infrinjan sus propios estatutos o reglamentos, o la legislación de la materia, o que incurran en hechos que afecten los intereses de sus representados, sin perjuicio de las sanciones penales o las acciones civiles que correspondan. En atención a lo expuesto, considerando que la Ley sobre Derechos de Autor contiene normas que resultan directamente aplicables a la actuación de las sociedades de gestión colectiva y que establecen una solución específica a los hechos denunciados por APROFIP, corresponde declarar improcedente la denuncia y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 82 de la Ley 2744413, remitir copia de los actuados a la Comisión de Derecho de Autor para que este órgano evalúe los hechos denunciados por APROPIF.”

⁵¹ Dentro del departamento de La Libertad, Perú.

⁵² Resolución 007-2010/ST-CLC-INDECOPI del 22 de junio de 2010.

⁵³ Resolución 007-2010/ST-CLC-INDECOPI: “16. Sin embargo, esta Secretaría Técnica considera que la emisión y aplicación de la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT constituyen el ejercicio de una potestad pública otorgada por ley, y no la oferta o demanda de un bien o servicio. En efecto, dicha actuación tendría por finalidad administrar un bien de dominio público (la vía pública) y regular una actividad económica (oferta de espacios publicitarios) (...) 18. En ese sentido, esta Secretaría Técnica considera que la Municipalidad, al emitir y aplicar la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT, actuó en ejercicio de sus potestades públicas, sin ofertar ni demandar un bien o servicio y, por lo tanto, dicha conducta se encuentra fuera del ámbito de aplicación del [Decreto Legislativo] 1034. 19. Cabe señalar que, si bien estas potestades públicas le permiten a la Municipalidad influir en las condiciones de la oferta de espacios publicitarios en la vía pública en el distrito de Trujillo, no constituyen la oferta o demanda de bienes o servicios, de conformidad con lo dispuesto por el [Decreto Legislativo] 1034.”

⁵⁴ Resolución 007-2010/ST-CLC-INDECOPI: “25. En lo que se refiere a la contratación directa entre la Municipalidad y OJMA (punto i), esta Secretaría Técnica considera que, si bien dicha actuación constituye la demanda de un servicio, se encuentra fuera del ámbito de aplicación del DL 1034 debido a que, como

Con ello, cualquier propósito anticompetitivo –si existiese– quedaría nuevamente impune.

D. Caso lobitridol

La denuncia en este caso provenía de Bagó, un laboratorio farmacéutico que había denunciado una serie de hechos que involucraban a tres entidades públicas: EsSalud, como entidad convocante para la compra de medicamentos para uso propio y para el Ejército; la DIGEMID, la autoridad administrativa encargada del registro y supervisión de medicamentos a nivel nacional; y el OSCE, el organismo encargado de supervisar los procesos de contratación y adquisición del Estado; así como a un operador privado: Cardio, un laboratorio competidor, fabricante de lobitridol, una sustancia de contraste radiológico⁵⁵.

Por una parte, Bagó denunciaba que la DIGEMID y el OSCE permitieron la indebida inscripción de lobitridol dentro del “listado de bienes comunes” de compras del Estado, razón por la cual este producto podría ser adquirido por cualquier entidad estatal mediante procesos de selección de subasta inversa, pese a que dicho producto sólo era comercializado por Cardio, un factor que le otorgaba posición de dominio en el mercado.

La Secretaría Técnica de la CLC declaró improcedente el primer extremo de la denuncia, pues estimó que al incluir un producto en la lista de bienes comunes, tanto la DIGEMID cuanto el OSCE actuaban como autoridades públicas y no como agentes económicos en el mercado⁵⁶.

Sin embargo, como ya hemos visto, esta forma de análisis ignora nuevamente la posibilidad de que una entidad pública, en este caso la DIGEMID o el OSCE, se comporte en la práctica como un agente privado, que busca su propio beneficio, que podría consistir en alguna prebenda o favor otorgado por un agente económico a cambio de mejorar su situación en un mercado importante como el de las compras públicas, en detrimento de sus competidores y consumidores, en este caso el propio Estado.

Por otra parte, Bagó también denunció que la posición dominante de Cardio fue conseguida gracias a la exoneración que EsSalud aprobó para adquirir de manera directa –sin concurso– lobitridol, excluyendo a productos sustitutos del mercado.

En relación con este extremo que daba cuenta de un supuesto favoritismo de EsSalud hacia Cardio, la ST también declaró improcedente la denuncia pero bajo otro razonamiento. Para la ST, el hecho de que se haya producido una aparente discriminación ilegal en favor de Cardio, podía configurar una infracción a la legislación de contrataciones y adquisiciones, razón por la cual, sería dicha normativa y no la ley de libre competencia la que resultaría aplicable al caso concreto. Es decir, la legislación especial primaría sobre la de libre competencia, en virtud del ya mencionado principio de supletoriedad⁵⁷.

Al respecto, en primer lugar, llama la atención que la ST no haya descartado la denuncia bajo el mismo argumento de la “función pública”. Es posible que la ST haya considerado que

explicaremos a continuación, existe regulación específica sobre el particular (...) 28. En tal sentido, si bien la conducta denunciada por PEB constituye la demanda de un servicio (específicamente, el servicio de instalación de 200 paraderos urbanos), lo cierto es que la autoridad competente para pronunciarse con respecto a la licitud o ilicitud de una conducta consistente en la contratación de un servicio por parte de una entidad pública, sin haber realizado el proceso de selección correspondiente, es el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, mediante la aplicación de lo dispuesto por el [Decreto Legislativo] 1017.”

⁵⁵ Resolución 018-2011/ST-CLC-INDECOPI del 19 de diciembre de 2011.

⁵⁶ Resolución 018-2011/ST-CLC-INDECOPI: “50. Sin embargo, en el presente caso, al incluir el IOBITRIDOL en el Listado de Bienes Comunes del SEACE, DIGEMID y OSCE no actuaron como sujetos que ofrecen o demandan bienes o servicios en el mercado y, en consecuencia, no pueden calificar como agentes económicos. Por el contrario, como se explica a continuación, DIGEMID y OSCE habrían actuado como autoridades administrativas que ejercen facultades públicas atribuidas por el ordenamiento jurídico”.

⁵⁷ Resolución 018-2011/ST-CLC-INDECOPI: “58. Sin embargo, como se explica a continuación, la conducta consistente en la aprobación de la Exoneración contaba con regulación específica, razón por la cual, atendiendo al principio de supletoriedad, el Decreto Legislativo 1034 no le resultaría aplicable (...) 62. De acuerdo a lo anterior, considerando que sí existirían sustitutos del IOBITRIDOL, la aprobación de la Exoneración habría violado el literal e) del artículo 20 del Decreto Legislativo 1017 y el artículo 131 del Decreto Supremo 184-2008-EF. De ser así, Bagó podría haber denunciado esta violación ante OSCE y, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 71 del Decreto Supremo 006-2009-EF, Reglamento

EsSalud sí es un agente económico al comprar bienes –razonamiento que en este extremo sí compartiríamos– pese a que lo hace para cumplir con el ejercicio de su función pública. No obstante, el argumento que utiliza la Secretaría Técnica para declarar improcedente la denuncia es también erróneo.

La ST realiza una interpretación sumamente amplia del principio de supletoriedad, al considerar que cualquier regulación que cubra un supuesto denunciado como anticompetitivo prima sobre la ley de libre competencia. Como ya hemos señalado, ello no solo vulnera el espíritu del artículo 3 de la Ley de Libre Competencia, sino que atenta contra los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico. Así, como ya hemos expuesto, el principio de especialidad solo opera entre normas del mismo rango, razón por la cual, para que la Ley de Libre Competencia retroceda en favor de otra norma, ésta debe ser del mismo rango o uno superior. Un reglamento no puede primar sobre una ley, aunque fue precisamente lo que sucedió en este caso, en el que la ST dio prioridad al reglamento de la ley de contrataciones por encima de la ley de libre competencia. Ello resulta más grave aún si se toma en cuenta que dicho reglamento no contiene ninguna previsión que haga suponer el desplazamiento de la norma de libre competencia, como sí lo hacen otros

reglamentos sectoriales que la CLC utiliza – aunque erróneamente, puesto que aún se tratan de normas de menor jerarquía– para dar más sustento a su razonamiento⁵⁸.

No es nuestra intención sostener que las prácticas aquí denunciadas eran ilícitas ni que alguna de las entidades involucradas tenía un interés anticompetitivo ulterior. Simplemente, advertimos que el razonamiento del órgano del INDECOPI obvia del todo esta posibilidad y como regla general, da luz verde a la posible comisión de conductas anticompetitivas de este tipo.

De hecho, la Secretaría Técnica de la CLC reconoce en este último caso un importante problema, pues se habrían presentado 317 procesos de selección en los que se habría restringido indebidamente la competencia en favor de un producto en particular, lobitridol. Sin embargo, la ST se limita a recomendar de manera vaga que se exhorte al OSCE a tomar medidas para que se fomente la competencia en este mercado, sin proponer ninguna alternativa⁵⁹. En suma, se trata de un caso en el que hay un evidente problema de competencia, que no es corregido ni por la investigación y aplicación de la ley, ni por una adecuada labor de abogacía de la competencia. Por el contrario, la señal que se da al mercado nuevamente es que este tipo de prácticas pasarán inadvertidas por la autoridad de competencia.

de Organización y Funciones del OSCE, y el literal l) del artículo 58 del Decreto Legislativo 1017, esta entidad podría haber evaluado la posibilidad de suspender el proceso de contratación correspondiente (...) 71. En ese sentido, considerando que el direccionamiento de la Licitación Pública contaba con regulación específica, atendiendo al principio de supletoriedad, el Decreto Legislativo 1034 no le resultaría aplicable. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica considera que corresponde declarar improcedente la denuncia de Bagó en este extremo.”

⁵⁸ Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG: “Artículo 12: Principio de Supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones regulatorias y/o normativas que dicte OSINERG en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las normas de OSINERG”. También: Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL: “Artículo 12: Principio de Supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL”. Además: Decreto Supremo 044-2006-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN: “Artículo 11: Principio de Supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o reguladoras que dicte el OSITRAN en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSITRAN”.

⁵⁹ Resolución 018-2011/ST-CLC-INDECOPI: “89. En el presente caso, esta Secretaría Técnica ha verificado la existencia de trescientos diecisiete (317) procesos de selección en los que la entidad convocante correspondiente habría requerido una sustancia de contraste radiológico en particular (IOBITRIDOL, IOPAMIDOL, IOHEXOL o IOVERSOL) en lugar de requerir sustancias de contraste radiológico en general, circunstancia que podría haber configurado una infracción a los literales c) y k) del artículo 4 y al literal a) del artículo 26 del Decreto Legislativo 1017 y que, en ese sentido, podría haber restringido la concurrencia y la participación de postores, afectando el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. 90. Ante ello, esta Secretaría Técnica somete a consideración de la Comisión que sugiera a la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI que exhorte a OSCE a adoptar medidas que garanticen

E. Caso Los Chinos

En el caso más reciente, la autoridad peruana de competencia nuevamente pecó de tener una visión formalista y poco funcional⁶⁰, como lo requiere la creciente tendencia del Derecho de la Competencia a nivel internacional.

Se trata de la denuncia de una empresa de transporte de pasajeros, San Felipe, contra una empresa competidora, Los Chinos, y la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML), por una supuesta colusión vertical para excluir a la primera del mercado. Según denunció San Felipe, la MML rechazó su solicitud para ampliar su flota vehicular en la ruta Villa el Salvador-Carabaylo, sustentando que se trataba de una ruta saturada, aun cuando la denunciante alegaba un aumento en la demanda del servicio. Además, la denunciante sostenía que, anteriormente, la MML sí había accedido a una solicitud similar de Los Chinos, una empresa competidora en la misma ruta.

Con una fundamentación muy escueta, la Secretaría Técnica prestó poca importancia al argumento de discriminación presentado por la denunciante, y declaró improcedente la denuncia esencialmente porque la MML no calificaba como un agente económico, sino como una autoridad en ejercicio de una potestad pública, y por lo tanto no le resultaba aplicable la ley de libre competencia⁶¹.

El problema con esta visión excesivamente formalista es que deja de lado un posible caso en el que se afecta la competencia en el mercado y en el que podrían concurrir todos los elementos típicos de una conducta anticompetitiva. Es cierto que, en principio, la MML como autoridad pública no se desempeña como un agente privado y no

tendría un interés anticompetitivo, es decir, no se beneficiaría de una restricción en el mercado afectado, el de transporte de pasajeros. Sin embargo, esto sí podría suceder en la práctica si es que la MML recibe algún beneficio de parte de quienes se ven favorecidos directamente por la práctica anticompetitiva. Así, siguiendo la teoría del denunciante, podría ser que uno de los competidores de San Felipe, como por ejemplo, Los Chinos, se haya coludido con la MML para realizar este trato discriminatorio, limitando el crecimiento de uno de los agentes privados en beneficio de otro competidor.

Lo dicho anteriormente no quiere decir que eso es lo que haya sucedido en este caso. Es posible que no haya ningún interés anticompetitivo o beneficio ulterior en los funcionarios de la MML involucrados en el aparente trato discriminatorio. Es incluso posible que lo que aparenta ser discriminatorio, en realidad no lo sea y exista una justificación adecuada⁶². Sin embargo, al parecer, la ST no se preocupó por hacer ese análisis, por profundizar en la investigación o, por lo menos, en requerir más evidencia de parte de la denunciante acerca del presunto interés anticompetitivo. Con la improcedencia resuelta por la ST, basándose en una lectura formal y no funcional del ámbito de aplicación de la norma de libre competencia, se deja escapar este tipo de casos y se da una mala señal al mercado: “si quieren lograr un efecto anticompetitivo, acudan a una autoridad pública, en ese caso no investigaremos”.

Muy por el contrario, una actitud más receptiva de parte de la autoridad de competencia permitiría que los agentes económicos se encuentren incentivados a denunciar este tipo de prácticas, e intenten conseguir evidencia directa o indirecta de

que las entidades convocantes cumplan con fomentar la concurrencia y la participación de postores en los procesos de selección para la adquisición de sustancias de contraste radiológico, promoviendo de esta manera el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.”

⁶⁰ Resolución 005-2012/ST-CLC-INDECOPI del 23 de abril de 2012.

⁶¹ Resolución 005-2012/ST-CLC-INDECOPI: “40. Sin embargo, en el presente caso, al pronunciarse sobre las solicitudes de incremento de flota vehicular de San Felipe y Los Chinos, la Municipalidad se limitó a ejercer las facultades atribuidas a ella en los artículos 81 y 161 de la Ley Orgánica de Municipalidades¹⁹ y en los artículos 4 y 41 de la Ordenanza Municipal 1338, referidos a las competencias de esta autoridad en materia de transporte público. 41. De acuerdo a lo anterior, la Municipalidad no actuó como agente económico, es decir, como un sujeto que ofrece o demanda bienes o servicios en el mercado, sino en ejercicio de una facultad pública atribuida por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la Municipalidad no podría haber participado en una práctica colusoria vertical bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034.”

⁶² Por ejemplo, puede ser que la saturación de la vía se haya manifestado entre el momento en que Los Chinos amplió su flota y el momento en que lo solicitó San Felipe.

una indebida desviación de la función pública en favor de intereses anticompetitivos. Normalmente una persona o empresa no denunciaría un caso de ejercicio ilegal de función pública si no los afecta. En estos casos, en cambio, el competidor afectado sí tendrá ese incentivo para denunciar, si percibe que puede encontrar un remedio. La promoción de estas denuncias facilita la tarea de la ST y de la CLC en la defensa del proceso competitivo, al mismo tiempo que ayuda a combatir casos de corrupción y otras prácticas que afectan al tesoro público y a la función pública en general.

V. CONCLUSIÓN

“Una política de competencia que solo se preocupe por las restricciones privadas motivará a las compañías a alejarse de las medidas privadas e invertir más esfuerzos en obtener restricciones impuestas por el Estado. Sin los medios efectivos para anticipar y desincentivar a los Gobiernos de consentir las restricciones públicas, la aplicación del Derecho de la Competencia únicamente altera la forma de la actividad colusoria y no disminuye su nocividad”⁶³.

Hoy en día competidores, consumidores y autoridades de defensa de la competencia deben luchar en dos frentes: contra las empresas privadas que actúan de manera anticompetitiva y contra las entidades estatales que, capturadas o no, también tienen incentivos para afectar el proceso competitivo.

Si la autoridad de competencia peruana ya enfrentaba dificultades para hacer frente a las restricciones privadas, sus últimos pronunciamientos parecen reflejar una renuncia a luchar contra las restricciones públicas. En consecuencia, nos encontramos en un escenario en el que la defensa de la competencia es una batalla que simplemente no se pelea.

A los casos comentados podríamos añadir uno más, el del abuso de procesos legales que enfrentó a APOFER contra Fetrans, PeruRail y otros. Bajo el abuso de procesos legales se sancionan las peticiones ilegítimas de empresas privadas, que abusan y manipulan el aparato estatal para restringir la competencia. La tipificación expresa del abuso de procesos legales fue otra de las herramientas incorporadas en el Decreto Legislativo 1034 para confinar la participación estatal que pudiera restringir la competencia. Sin embargo, como hemos comentado en otra parte⁶⁴, este supuesto de conducta anticompetitiva ha quedado prácticamente vaciado de contenido con el último pronunciamiento de la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI⁶⁵, y ahora son muy escasas las posibilidades de que alguna vez se sancione esta práctica, pese a su gran nocividad.

El resultado práctico de esta tendencia jurisprudencial es que las peticiones de los privados dirigidas a afectar la competencia quedarán siempre (o casi siempre) libres de castigo, al igual que la respuesta estatal que genere inmunidades a la aplicación de la libre competencia. Quien captura y quien es capturado quedarán libres. Y “capturados” o victimizados en este círculo vicioso son los consumidores y el proceso competitivo en general.

Mientras que en otros países las agencias de competencia luchan por atacar las restricciones públicas de la competencia y por establecer nuevas prohibiciones al otorgamiento de inmunidades gubernamentales⁶⁶, en el Perú, las restricciones públicas vienen recibiendo la luz verde de parte de la autoridad de competencia.

Al iniciar este artículo nos disponíamos a presentar nuevas propuestas que, en la dirección de la actual corriente internacional

⁶³ Traducción libre de: “A competition policy that only addresses private restraints will motivate firms to turn away from private measures and to invest more effort in obtaining state-imposed restrictions. Without effective means to anticipate, and to discourage governments from acquiescing in, demands for public restraints, competition law enforcement merely alters the form of collusive activity and does not diminish its harmfulness.” COOPER, James y William KOVACIC. Op. cit. p. 1562.

⁶⁴ CALDERÓN, Andrés y Humberto ORTIZ. “Nacimiento y muerte del abuso de procesos legales anticompetitivo en el Perú: Análisis del caso APOFER versus Fetrans, Perurail y otros”. En: Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte 8. 2012.

⁶⁵ Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011.

⁶⁶ Ver, entre otros: COOPER, James y William KOVACIC. Op. cit. pp. 1585-1610.

del Derecho de la Competencia, buscan desincentivar a organismos y funcionarios públicos de adoptar restricciones anticompetitivas injustificadas. En particular, nuestra propuesta –que será desarrollada en una próxima oportunidad– consiste en la posibilidad de incorporar a cualquier funcionario o entidad estatal como un infractor de la legislación de competencia en el caso que imponga o ampare conductas anticompetitivas (inmunidades antitrust) sin que se cumpla con las condiciones requeridas por ley, así como reconocer expresamente que el Estado infringe la ley de libre competencia si es que, en cualquier rol que adopte (competidor, regulador o adjudicador), restringe la competencia y obtiene un beneficio directo o indirecto de esta restricción (lo que incluiría los casos de corrupción u otorgamiento de prebendas).

Hace ya varios años, cuando aún era alumno de la facultad de Derecho, escuché a un profesor decir con mucho asidero que en la gran mayoría de los casos de libre competencia siempre había un problema con el Estado, alguna regulación mal diseñada tal vez. Y también escuché que manifestaba que el Derecho de la Competencia no era la mejor herramienta para solucionar este problema. Hoy, varios años después, concuerdo con la premisa, mas no con la

conclusión de ese perspicaz profesor. ¿Por qué el Derecho de la Competencia no puede dar respuesta a este problema? Es cierto que tradicionalmente las leyes *antitrust* se han aplicado sólo a los operadores privados, pero ¿por qué no se puede incluir ahora a los “públicos”? Después de todo, son las restricciones públicas las que generan más daño. Y si el Estado adopta regulaciones o decisiones que afectan la competencia y si tiene un interés anticompetitivo probado, ¿por qué no investigar y sancionar al Estado y a la empresa que propiciaron la restricción anticompetitiva? ¿Qué es más perjudicial, una colusión vertical entre dos empresas privadas o una discriminación de una entidad estatal que controla el ingreso al mercado y excluye a una empresa y beneficia a otra, solo porque esta última le traslada parte de las ganancias anticompetitivas que percibirá?

Estas últimas ideas solamente tienen por objeto mostrar lo mucho que nos falta por abarcar en el área del Derecho de la Competencia, y lo poco que se ha trabajado en materia de restricciones públicas. Pero estas propuestas pasan a un segundo plano de relevancia si es que la autoridad de competencia no aplica adecuadamente la ley ya existente. De nada sirve cambiar una norma que no tiene efecto.